9

DaLvShiJiaoNi DaGuanSi

大律师教你打官司

生活消费纠纷案例

在我国历史上，判例作为一种重要的法律形式，曾经发挥了重要的作用。在特定的历史时期，其地位和作用甚至超过了法典。

戴玉龙 陈国强/策划

第2版

我们选择司法实践中一批**典型、疑难案例**，汇集成书，目的就在于此。希望这套案例丛书能够对广大法律工作者和一般读者**学习和掌握法律知识、处理法律纠纷、依法维护自身权益**，能够有所裨益。


中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

大律师 DaLvShiJiaoNiDaGuanSi

教你打官司丛书

★

① 大律师教你打官司——借贷·担保纠纷案例
② 大律师教你打官司——交通事故纠纷案例
③ 大律师教你打官司——房产物业纠纷案例
④ 大律师教你打官司——婚姻家庭纠纷案例
⑤ 大律师教你打官司——合同债务纠纷案例
⑥ 大律师教你打官司——劳动关系纠纷案例
⑦ 大律师教你打官司——人身侵权纠纷案例
⑧ 大律师教你打官司——医疗侵权纠纷案例
⑨ 大律师教你打官司——生活消费纠纷案例
⑩ 大律师教你打官司——保险关系纠纷案例



律师评说的经典案例，百姓身边的法律宝典。


上架建议：法律普及读物
ISBN 978-7-5136-1881-6
9 787513 618816 >
定价：28.00元

DaLvShiJiaoNi
DaGuanSi

大律师
教你打官司

★

生活消费纠纷案例

戴玉龙 陈国强/策划
李立勇 史文建 编著



图书在版编目（CIP）数据

生活消费纠纷案例/李立勇，史之建编著．-2版

北京：中国经济出版社，2013.1

ISBN 978-7-5017-1881-6

Ⅰ.①生… Ⅱ.①李… ②史… Ⅲ.①消费者权益-民事纠纷-案例-中国

Ⅳ.①D923.85

中国版本图书馆CIP数据核字（2012）第219433号

责任编辑　戴玉龙

责任审读　霍宏涛

责任印制　张江虹

封面设计　大象设计

出版发行　中国经济出版社

印 刷 者　北京市人民文学印刷厂

经 销 者　各地新华书店

开　　本　880mm×1230mm　1/32

印　　张　12.5

字　　数　298千字

版　　次　2013年1月第2版

印　　次　2013年1月第1次

书　　号　ISBN 978-7-5136-1881-6/D·502

定　　价　28.00元

中国经济出版社 **网址** www.economyph.com **社址** 北京市西城区百万庄北街3号 **邮编** 100037

本版图书如存在印装质量问题，请与本社发行中心联系调换（联系电话：010-68319116）

CONTENTS

目录

商品买卖纠纷

生活服务纠纷

消费者财产安全纠纷

消费者人身安全纠纷

其他

附录

商品买卖纠纷



1. 出售过期食品，经营者是否应该加倍赔偿？

【案情】

李某于2011年3月20日到某公园旅游，在某烟酒食品处购买饼干5盒，同月23日，又在该处购买上述饼干10盒，共计15盒。该饼干包装盒所标注的生产日期为2010年8月3日，保质期6个月，即李某购买之日，该食品已超过保质期1个月有余。2011年4月5日，李某曾帮助他人对于2011年3月1日所购买的价值345元的上述饼干向某烟酒食品处索赔，某烟酒食品处退款并双倍赔偿共计690元。事后不久，李某又就3月20日、23日两次所购买的饼干向某烟酒食品处索赔，要求赔偿。因协商未果，李某遂上诉人民法院要求退还货款并双倍赔偿。

【争鸣】

■ 原告李某提出，虽然该饼干的瑕疵是明显的，但烟酒食品处并没有告知李某该瑕疵，故烟酒食品处应承担退货的责任。烟酒食品处销售法律明令禁止销售的食品，且不能证明自己的行为确非欺骗或误导消费者而实施，其行为已构成欺诈，故某烟酒食品处应依法承担双倍赔偿李某所受到的损失的责任。

■ 被告某烟酒食品处提出，李某先后分两次购买共15盒饼干，而且在诉讼之前曾代理他人向某烟酒食品处索赔，对其行为有明显的认识，显系以营利为目的，而不是以生活消费需要为目的，故不是《消费者权益保护法》第2条所称的消费者。另外，该饼干的生产日

期及有效期均明显标注在包装盒上，某烟酒食品处并没有故意隐瞒该食品的瑕疵，李某是明知其已超过保质期而购买，故不应获得赔偿，应驳回其诉讼请求。



【律师点评】

在本案中，李某是否以营利为目的，这并不妨碍其作为一名公民行使其法律赋予的权利。而且，某烟酒食品处也无充分证据证明李某以营利为目的而购买该过期食品，故李某应为受《消费者权益保护法》保护的消费者。某烟酒食品处出售过期食品显然是一种违法行为，某烟酒食品处应承担退还货款的责任。根据国家工商局发布实施的《欺诈消费者行为处罚办法》第 4 条的规定，某烟酒食品处的行为属欺诈消费者的行为，应当承担欺诈的法律责任。《消费者权益保护法》第 49 条的规定属于惩罚性条款，在某烟酒食品处能够作为的前提下，李某要求增加赔偿的请求应予支持，只是李某所要求增加双倍赔偿，系理解法律条文的错误，增加赔偿的数额应为该货物价款的本数，而不是价款的两倍。

首先，李某应为受《消费者权益保护法》保护的消费者。所谓消费者，亦称消费主体，它是消费者保护法中的一个基本概念。依照我国《消费者权益保护法》第 2 条规定，消费者应是以生活消费需要为目的，有偿取得商品或服务的公民（或者自然人）。如果个人或家庭有偿获得的商品或接受的服务是用于消费，那么该个人或家庭就是消费者，如果不是用于消费，而是用于生产或经营，则不是消费者。就本案而言，某烟酒食品处认为李某系出于营利的目的购买商品，不应为消费者，根据“谁主张，谁举证”的原则，某烟酒食品处对其主张应负举证责任。但某烟酒食品处并无充足证据证明自己的

主张，故李某仍应受《消费者权益保护法》的保护。另外，《消费者权益保护法》第6条第2款规定：“国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。”第15条第1款规定：“消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。”本案李某作为一名公民，有权对市场进行监督，有权利用自己手中的法律武器打击违法行为，而且在当前一些职能部门尚不能严格管理的情况下，李某的这种行为对社会具有一定的积极意义，故对于李某的行为法律应予以支持。

李某先后两次购买了某烟酒食品处销售的饼干，均为过期食品，并在其后为他人购买该过期食品向某烟酒食品处索赔，获得了退款和双倍赔偿，进而又为自己所购过期食品向某烟酒食品处索赔，故产生了某烟酒食品处所说李某是以加倍赔偿为目的而购买该食品，不是为了生活消费需要，不属《消费者权益保护法》所保护的消费者，此理由正是社会上一切拒绝向“打假者”加倍赔偿的经营者所持的理由。

消费者的主体身份是如何确立的，对这个问题的正确认识是回答上述问题的关键。第一，消费者的主体身份，是在经营者向社会公众（不特定人）公开销售的行为场合确定的，而不是根据消费者将购买的商品用于什么用途而确定的，即不能用反推以后发生的事实来推定在前的购买商品或接受服务行为的性质。如允许反推，则《消费者权益保护法》关于经营者法律责任一章的任一条款将失去立法的客观基础，经营者都可以以购买者不是消费者为理由而拒绝承担其法律责任。第二，消费者即使为获得加倍赔偿而购买，此种行为不仅不具有不法性，而且还具有社会公益性，即以个人的力量对损害消费者合法权益的行为予以社会监督，这对净化经营行为、维护社会公共合法权益，具有着职能部门不可比拟的作用。第三，经营者和购买商品或接受服务者之间的消费者的权利义务关系，在购买商品或接受服务行

为的开始时即确立，随即发生的是经营者在销售时或提供服务中的义务履行和消费者享有和行使权利的问题。消费者索赔事实发生，这只是反映了经营者未履行其法定义务和合同义务、消费者行使权利予以寻求法律救济的问题，是消费权利义务关系中权利义务的继续和延伸。

其次，某烟酒食品处销售过期食品构成欺诈。构成欺诈行为必须具备以下三个条件：其一，一方有欺诈的故意。其二，一方欺诈的目的是使对方实施民事法律行为。其三，对方当事人因受欺诈才作出错误的意思表示与之实施民事行为。2009 年 6 月 1 日起施行的《食品安全法》规定，禁止生产经营“超过保质期的食品”。（第 28 条第 8 项）在如何具体认定欺诈行为问题上，国家工商局 1996 年 3 月 15 日发布的《欺诈消费者行为处罚办法》第 4 条，其中将“销售失效、变质食品”（即超过保质期限的同义语），且不能证明自己确非欺骗、误导消费者的行为，定性为应承担欺诈消费者行为法律责任的欺诈行为。在这里，经营者不能以产品包装上标有保质期和生产日期为理由来推卸自己的责任。因为，依上引《食品卫生法》的规定，超过保质期的食品是禁止经营的，这是执行强制规范，表明经营者负有不向消费者出售这种食品的法定义务，其应知销售的每种食品的最后期限。经营者在食品过期后仍然予以销售的这种行为，要么是故意，要么是重大过失（重大过失等同于故意）。而作为消费者来说，一方面有的消费者不识字，有的消费者不注重保质期限，有的消费者匆忙中忽略了保质期限，这些客观事实是广泛存在的；另一方面，经营者在出售食品中的注意义务要高于消费者，其将超过保质期内的食品不加任何说明和区别地予以销售，可起到使消费者误认为是仍在保质期内的食品的误导作用，这就足以构成欺诈。所以，经营者只要没有以特别说明的方式公告于公众，而将超过保质期的食品按正常方式销售，就具有欺骗、误导消费者的性质，应承担欺诈的法律责任。法律责任

是由特定法律事实所引起的对损害予以赔偿、补偿或接受惩罚的特殊义务。消费者如果通过对需购买食品包装标注内容的审查，发现已超过保质期不予购买，这是消费者行使选择、比较的权利和予以自我保护的行为；消费者如果是在付款后发现，即可行使加倍索赔的权利；如果消费者在挑选时已发现而仍予购买，并据此而向经营者加倍索赔，这只能说是经营者为消费者创造了这种机会，使经营者对自己出售超过保质期食品的行为承担风险，经营者不得以任何理由将这种风险转嫁或予以免除。

因此，某烟酒食品处销售超过保质期的食品，应对该行为负法律责任。李某购买超过有效期的食品，虽然该食品的瑕疵是显而易见的，但是李某并不因此而丧失请求赔偿的权利，只要他在法律规定的期限内提出即可。从《消费者权益保护法》这一特别法来看，它的着眼点在于严惩损害消费者权益的行为，强调了商品的生产者、销售者的责任，对于消费者是否应尽到义务并没有强调规定。据此，市区人民法院经审理后认为，消费者李某的合法民事权益受法律保护。李某在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。某烟酒食品处销售超过保质期的食品，其行为显然属违反法律的无效民事行为，应当依法承担民事责任，故对李某要求某烟酒食品处退还货款的主张予以支持。某烟酒食品处销售法律明令禁止销售的食品，且不能证明自己的行为确非欺骗或误导消费者而实施，其行为已构成欺诈，故某烟酒食品处应依法承担增加赔偿李某所受到的损失的责任。增加赔偿的金额依法应为李某购买该食品的价款数额，故李某要求某烟酒食品处增加食品价款双倍赔偿的主张于法不合，不予支持。

2. 商家"假一罚十"的合同有效吗?

【案情】

周某系一红木家具厂业主。2006 年 11 月 27 日，吴某与周某签订了家具买卖合同。合同约定，吴某购买周某生产的材质为红酸枝木质家具共计21 件（含沙发、茶几、床、床头柜、餐桌、餐椅、衣柜、梳妆台、梳妆凳），家具价值73500 元。双方在合同违约责任中约定：家具材质为红酸枝，真材实料，假一罚十。2006 年 11 月 30 日，周某将上述家具送至吴某家中并向买方出具了 73500 元的发票。吴某在使用该家具时对家具材质产生了怀疑，遂于 2007 年 4 月 1 日将所购买家具中的一件餐椅，送至北京市家具质量监督检验站进行材质种类的鉴定，鉴定结论为："该家具不符合红酸枝木类必备条件。"吴某以此鉴定结论为依据将周某诉至法院，要求周某按合同约定"假一罚十"的承诺赔偿其相当于家具价值十倍的价款。

【争鸣】

■ 原告吴某提出，周某销售的家具不符合双方签订合同中关于"家具材质为红酸枝，真材实料"的约定，而且周某在合同中作出"假一罚十"的承诺，是对自己设定的义务，使合同的相对方吴某取得了"假一罚十"的权利，因此周某应当按照约定向吴某支付相当于家具价值十倍的价款。

■ 被告周某提出，吴某在购买家具时，自己已明确告知了吴某该家具的材质中有一部分不是红酸枝，是有其他辅材的，而吴某仍然

购买该家具，因此自己不应当加倍赔偿。尽管自己作出了“假一罚十”的承诺，但这“属于显失公平的民事法律行为”，是“可以要求人民法院予以变更的”，因为显失公平是属于“可撤销或可变更的民事行为和合同条款”。



【律师点评】

本案实际上主要涉及两个核心问题，第一个问题是合同中约定的材质是红酸枝木，但家具厂依据所谓的“行业惯例”在出售的家具的边材处使用了非红酸枝材质的行为是否构成违约？是否可依此认定为假货？第二个问题是，厂商和消费者在合同中关于“假一罚十”的约定是否具有法律效力？该约定与《消费者权益保护法》第49条、《合同法》第114条的规定如何协调适用？

首先，关于假货、违约、行业惯例和惩罚性赔偿等问题在本案中的体现和适用。从案件的具体情况来看，既然原被告在合同中约定“家具材质为红酸枝，真材实料”，那么就应该认为家具材质全部为“红酸枝”，如果边料为非红酸枝材质，应该告知消费者。尽管被告周某声称，用非红酸枝材料做边材是行业惯例，但是任何行业惯例都只是一种习惯，习惯并不能当然成为我国的法律渊源，任何未经国家认可赋予法律效力的习惯均没有法律约束力。行业惯例或许可以约束本行业的商家或经营者的行为，但对于处于本行业之外的消费者群体来说，显然并不适用。而且从本质上来说，行业惯例对于社会大众之所以不直接具有法律效力，还在于现实中的许多行业惯例有明显违背社会公平和自然正义的缺陷。比方说，餐饮行业就存在“禁止顾客自带酒水”这样一种行业惯例，但该规定在社会上却遭到了消费者协会和社会大众的一致抵制，并被某些省市以法律法规的形式确认为

无效。从这一点我们也可以看出，行业惯例对消费者并不一定产生法律效力。

因此，根据本案所查证的事实来看，被告周某的行为确实构成了违约，但从违约的性质来看，却也只是构成轻微违约。对于轻微违约的救济，《合同法》第111条规定："质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。"也就是说，遇到轻微违约，可以采取修理、更换、重做、退货、减少价款或者报酬等违约救济方式。而关于此种违约的最为严苛的救济方式也不过是《消费者权益保护法》第49条所规定的惩罚性赔偿，即双倍赔偿。原告吴某提出的周某应当按照约定向吴某支付相当于家具价值十倍的价款，其赔偿额已经远远超过了买卖家具总价值73500元的两倍的价值，即使是构成违约行为中最为严重的根本违约或适用最为严格的惩罚性赔偿方式，也不应当有这么高数额的赔偿，因此吴某提出的赔偿家具价值十倍的价款不予支持。

其次，对于本案中所谓的"假一罚十"条款的效力，司法实践中存在两种截然不同的处理思路。一种观点认为，应当认定"假一罚十"的法律性质为"经营者邀请消费者共同约定的一种违约金的支付办法"，但"属于显失公平的民事法律行为"，《合同法》第114条第1、2款规定："当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。"由于"假一罚十"的约定不符合《合同法》第114条关于约定违约金的规定，因

此是“可以要求人民法院予以变更的”，因为显失公平是属于“可撤销或可变更的民事行为和合同条款”。

另一种观点认为，《消费者权益保护法》第49条的规定是一种关于违约的惩罚性规定，是为了保护消费者的合法权益，同时也是一种最低程度的保护，如果当事人在合同中约定的违约责任条款更有利于保护消费者的合法权益，应该适用当事人约定的条款。国家工商行政管理总局《关于处理侵害消费者权益行为的若干规定》也作出规定：“经营者与消费者有约定或者经营者向消费者作出承诺的，约定或者承诺的内容有利于维护消费者合法权益并严于法律法规强制性规定的，按照约定或者承诺履行；约定或者承诺的内容不利于维护消费者合法权益并且不符合法律法规强制性规定的，按照法律法规的规定履行。”因此按照该条规定，吴某提出的赔偿家具价值十倍的价款应予以支持。

司法实践中的这两种观点的主要分歧就在于：《消费者权益保护法》第49条所规定的惩罚性赔偿是对合同非违约方的最低程度的保护，还是一种比一般违约责任更为严格的对非违约方较高强度的保护？承认前者就等于支持“假一罚十”条款的法律效力，承认后者就等于否认“假一罚十”约定的效力。其实，违约损害赔偿是一种补偿性救济，而非惩罚性救济，《消费者权益保护法》所规定的双倍赔偿是违约救济的例外情形，是一种较为严格的违约救济方式。双倍赔偿，就意味着受害人在自己的损失已经得到全部补偿以后，再得到相当于原有损失的一倍的利益。惩罚性赔偿通常来说是对一般违约责任的一种补充性的规定，并不属于对非违约方消费者最低程度的保护，而且对于惩罚性赔偿的适用既要谨慎也要适度，这就更不用说对所谓的“十倍赔偿”（尽管是约定）的适用了。

对于本案所涉“假一罚十”的约定，应当认定其法律性质为“经营者邀请消费者共同约定的一种违约金的支付办法”，由于《合

同法》第 114 条第 2 款明确规定："……约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。"本案中的买方吴某只花了 73500 元，而按照"假一罚十"的约定，卖方周某需要支付 735000 元，远远大于买方吴某的实际损失。因此，作为合同当事人一方的销售方周某，可以根据《合同法》的规定要求人民法院或仲裁机构减少约定违约金的数额。对于作为非违约方买方的救济应当直接适用《消费者权益保护法》双倍赔偿的规定或者是根据其实际遭受的损失来加以赔偿。

3. “酬宾销售，概不退货”的告示能否免除商家的退货责任?

【案情】

张某在去某旅游景点旅游途中，去某皮包专卖店欲买一皮包，经过挑选、比较和讨价还价，以1600元的价格买下了一坤包。经营者在该包的标签上标明：蛇皮坤包，上海，2888元。张某买了此包后，旅行社的同伴告诉他：该包非蛇皮原料，价格又太高，最好退掉。张某于是与该同伴一起去退还。但经营者指着一张上面写着“酬宾销售，概不退货”的告示告诉他们，这已经是明确规定了的，所以不能退还。于是张某起诉要求退还坤包，皮包专卖店应当返还自己的1600元。

【争鸣】

■原告张某提出，该“蛇皮坤包”是人工仿蛇皮坤包，而并非真皮，而皮包专卖店在标签上标明为蛇皮坤包，那么消费者有理由相信是真皮皮包，因为这是专卖店向消费者的明示。因此该专卖店的行为直接侵犯了消费者的合法权益。而且价格上的标价也是一种欺诈行为，消费者可以要求双倍赔偿。

■被告皮包专卖店提出，皮包在价格上的标价是消费者自己所亲眼看见的，所以不存在欺诈行为，而是消费者自己想占便宜所致，而且专卖店已经明确告诉消费者：酬宾销售，概不退货。所以他们有权利不提供退货服务，更不可能给消费者双倍赔偿。



【律师点评】

本案中，“酬宾销售，概不退货”是典型的格式合同和店堂声明。但就本案中的情况，此格式合同和店堂声明是一种“不平等条约”。“不平等条约”是消费者对经营者单方作出的格式合同、通知、声明、店堂告示等方式的通俗称谓。究其原因，就是因为这些格式合同、通知、声明、店堂告示对消费者作出了不公平、不合理的规定，或者减轻、免除了其损害消费者权益应当承担的民事责任。上述这些行为，设下陷阱，只赚不赔，严重侵害了消费者的合法权益，使消费者的自主选择权、依法求偿权和知悉真情权受到了侵害。

在市场活动中，“货既售出，概不负责”、“凡贵重物品自己保管，如有丢失，本店概不负责”、“处理商品，概不退换 ”、“最低消费××元”、“投币5角，不找零”均属这一类行为。此类问题在法律上称之为“不平等条约”。正确理解不平等条约，需要把握以下几点：

1. “不平等条约”的含义。首先来看格式合同。格式合同又称定型化合同或者标准化合同。在消费领域中，格式合同是指经营者为与消费者订立合同而单方拟订的合同条款。这种条款不论是否独立于合同之外或成为合同的一部分，也不论其范围或合同的形式如何，均属于格式合同的范畴。由此可见，格式合同有以下几点特征：其一，制订合同的主体是经营者，其决定并预先拟订合同的内容，占优势地位；其二，格式合同另一方是消费者，只有接受合同与否的自由，而无参与决定合同内容的机会，处于劣势地位；其三，格式合同是经营者出于同消费者达成交易的目的而制订，合同指向不特定的多数消费者，并非单个消费者，在适用对象上具有普遍性；其四，格式合同一经制订，可以在相当长的期限内使用，具有固定性和连续性。

再来看通知、声明、店堂告示等其他方式。这些方式是指经营者采用明示的手段，向消费者告知其有关经营状况。其中，店堂告示是商店采用的特有手段，通知、声明、店堂告示是实践中表现出来的几种常见方式，除此之外，还有告示、顾客须知、注意事项等经营方式。一般来说，通知、声明、店堂告示的内容基本上分为两类：一是涉及交易内容即合同条款的，如商品售出概不退货等；二是涉及其他经营事项的，如本店盘存暂不营业等。本条所称的通知、声明、店堂告示等其他方式，是指前一类情形。它又可以分为两种情况：其一，如果经营者制订有格式合同，又以通知、声明、店堂告示等方式对内容作出强调性补充，则该通知、声明、店堂告示等方式为其格式合同的重要组成部分；其二，如果经营者制订格式合同，仅以通知、声明、店堂告示等方式规定交易协议的内容，则该通知、声明、店堂告示等方式视为独立的格式合同。在实践中，前一种情况是最主要的表现。

2. 为了保护消费者的合法权益，《合同法》和《消费者权益保护法》对格式合同等内容作了如下规定：（1）不得作出对消费者不公平的、不合理的规定。在消费法律关系中，经营者与消费者的法律地位是平等的。双方制订合同应该是出于自愿、公平，并且意思表示真实、合法，不能把自己的意志加给对方，甚至坑害对方。如果格式合同的内容与消费者的意志相违背，即视为不公平不合理。也就是说，衡量不公平不合理的标准，主要是本法自愿、平等、公平、诚实信用的原则，凡符合此标准的，即为合理、公平。（2）不得减轻、免除其损害消费者的合法权益应当承担的民事责任。消费者的合法权益不受伤害，这是本法确立的基本原则之一。凡损害消费者合法权益的，应受到法律的制裁。对于消费者而言，其合法权益得到补救和赔偿的最有效方式，是使经营者承担相应的民事责任。这种民事责任，除法律规定外，不得任意减轻或免除。如果经营者通过格式合同等方式来

减轻免除其损害消费者的合法权益应当承担的民事责任，则是对本法的直接违反。

由上述可以看出，格式合同等方式的内容不得与消费者的权利相对抗，也就是说，不得排除和限制消费者的权利。经营者在向消费者推出其商品或者服务时，应向消费者提供真实的情况。经营者所提供的有关商品或者服务的信息不真实，或者因其引人误解的宣传而使消费者接受该商品或者服务，消费者可以主张彼此的交易无效。凡与消费者的权利相对抗的，即属于禁止之列。格式合同等方式所拟订的条款是经依法订立，且又没有本条所禁止的内容的，即发生法律效力。但是，格式合同等方式如果有对消费者不公平的、不合理的规定，或者有减轻免除其损害消费者的合法权益应当承担的民事责任的内容，其内容无效。

在本案中，“酬宾销售，概不退货”的告示是典型的格式合同和店堂声明，严重侵犯了张某的自主选择权、知悉真情权和公平交易权。所谓公平，是指交易双方在平等的法律地位基础上所作的权利与义务对等的交易。公平原则是民法的一项基本原则，因此根据法律的规定，该告示应属无效，对张某不产生任何法律效力，张某要求退货是完全符合法律规定的。皮包专卖店应无条件满足消费者的要求，退货或者更换一个价格相当的皮包。

4. 试用期满后的沉默应当视为承诺购买吗?

【案情】

某商场于2007年1月1日开展部分商品试用销售活动，并在报纸上发布广告，明确了试用销售商品的范围和试用期限。谈某通过媒介得知商场试销空气清新机，于2007年1月6日在该商场选定一台HR5352型空气清新机，双方协议约定：该机价款3100元，谈某预付定金500元；试用期为15天，自合同签订之日起计算（从2007年1月6日至2007年1月20日）。协议签订后，商场将空气清新机交付谈某。第七天（2001年1月12日），谈某向商场提出将现有白色的空气清新机更换一台其他颜色的同型号机器，商场按谈某的要求更换了一台绿色的空气清新机。原合同内容未变更。2007年1月21日，商场向谈某发出付款通知，限三日内付清货款，谈某因外出探亲未收到通知。2007年1月27日谈某从外地探亲返回，次日到商场提出退货，要求商场返还定金。商场拒收货物，要求谈某按协议付款。商场多次向谈某索要货款，均被拒绝，遂向人民法院起诉，请求判令谈某给付3100元货款、支付违约金。

【争鸣】

■原告商场提出，商场和谈某签订的合同有效，谈某取得标的物后在约定的试用期限内，对是否购买标的物未作表示，应视为购买。商场在试用期间，谈某曾提出并实际更换一台同型号其他颜色的空气清新机，但未提出拒绝购买，也未另行达成新的协议，不是一个

新的买卖合同关系，原合同仍有效。谈某探亲耽误时间的理由，既无约定又不符合法定条件，答辩理由不能成立。

■ 被告谈某提出，因其到异地探亲，应扣除被耽误的期间，1 月 27 日返回后提出退货，商场应无条件接受，返还定金。另外，试用期应从 2001 年 1 月 13 日起计算，没过试用期，谈某有权拒绝购买，因此谈某请求法院驳回原告的诉讼请求。



【律师点评】

本案涉及特殊买卖合同中的试用买卖。试用买卖，又叫试验买卖，是一种附条件的买卖，指当事人双方约定由买受人试用或者检验标的物，以买受人认可标的物为条件的买卖。试用买卖具有如下特征：第一，约定由买受人在一定期间内试验标的物；第二，试用买卖以买受人认可标的物为生效条件。该项认可完全出于买受人的意愿，不以标的物符合一定要求为限制。以下情况，买受人虽未明示，也视为认可：其一，买受人在规定的期限内未作出表示。如果当事人双方对试用期限有约定的，买受人应于约定的期限内作出是否认可标的物的表示。在该期限内若买受人对是否购买标的物未作表示，视为同意购买。其二，买受人支付部分或全部价金的行为。买受人在试用标的物虽未表示认可或拒绝，但却支付部分或全部价金的，应视为买受人以其支付价金的形式来表示认可的意思，买卖合同在双方当事人之间发生效力。其三，买受人在试用期间有处置标的物的行为。买受人在试用标的物期间并无处置标的物的权利，只能依与出卖人的约定履行试用行为，妥善使用标的物，其超出试用内容的行为显然已将标的物视为己物，亦即认可标的物。在这种情况下也在双方当事人间发生买卖合同生效的效力。

在本案中，当事人谈某对标的物的试用期明确约定为15天，自2007年1月6日至2007年1月20日止。谈某在合同约定的试用期内，既未向商场表示购买标的物，也未提出拒绝购买。试用期届满后，才向商场提出拒绝购买，这时谈某已丧失提出拒绝购买的权利，应视为谈某承诺购买，当事人之间的试用买卖合同成立。因此，谈某应当履行支付货款的义务并承担逾期付款的违约责任。



5. “购物券不找零”的约定是否合法？

【案情】

杜某到某商场购物时获得该商场返还的8张面值5元的购物券，他用其中一张购物券购买了一份售价4元的紫米粥，要求找零钱时遭到拒绝，该商场的理由是购物券背面的《使用说明》中有“本券不兑换现金亦不设找零”的规定。杜某认为自己的合法权益受到侵害，遂向法院提起诉讼，要求该商场找付他1元钱或等值购物券。

【争鸣】

■ 原告杜某提出，购物券不是赠品，其《使用说明》中的“本券不兑换现金亦不设找零”的规定属格式条款，且为“霸王条款”，违反了《消费者权益保护法》的相关规定，因此该规定应属无效，自己提出的该商场找付他1元钱或等值购物券的诉讼请求应获得支持。

■ 被告商场提出，为促销商品举办的购物返券活动没有违反法律及行政法规的强制性规定，而杜某自愿参加该项活动是其本人真实意思的表示。因此双方均应按返券规则行使权利，承担义务。商场在购物券背面已经提示“本券不兑换现金亦不设找零”，即履行了告知义务。杜某自愿参加商场举办的活动，接受了赠送的购物券，同时也接受了附加的“本券不兑换现金亦不设找零”的条件，故其诉讼请求不应获得支持。



【律师点评】

该案件的焦点问题是“购物券不找零”的约定是否合法。这一问题又可以分解为两个问题：一是购物券是否属于赠品？二是购物券中的《使用说明》是否属于格式条款？

依照《合同法》第185条的规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与合同具有以下几个方面的法律特征：1. 赠与是转移财产所有权的合同，赠与的结果发生财产所有权的转移；2. 赠与是无偿合同，即使在附义务的赠与中，受赠人履行所负义务也不是赠与人履行义务的对价；3. 赠与合同是不要式合同，可以采用口头、书面形式订立。

消费者杜某到商场购买一定数额商品后，获得商家返还的一定比例的购物券，显可易见是以顾客先行购买其商品为前提的，购物券可视为对顾客的一种让利形式。同时，购物券既非货币，亦非实物，其价值的兑现及财产权的实现还需要顾客“回购”商家产品。可以认为，返还消费者购物券是与买卖关系相联系的，是买卖合同履行中商家的义务。商家已经获利，消费者支付了购买商品的价款。消费者杜某持购物券“回购”商品只是买卖合同履行的后一阶段，购物券的获得并不是单方的行为，且不是无偿的。因此，杜某所持的购物券并非赠品。

按照《合同法》第39条第2款的规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。格式条款具有单方事先拟定性、合同条款的不变性、合同双方经济地位或法律地位的不平等性三个显著特征。由于格式条款存在着违背契约自由和契约正义的极大可能性，所以《合同法》在格式条款的拟定、效力及解释等方面规定了格式条款提供者的义务，以此来保障契约自由及正义的实现。《合同法》第39条第1款规定：“采用格式条款订立合同

的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”第40条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格条式款不一致的，应当采用非格式条款。”

在经营与消费的过程中，商家与消费者的地位事实上是不平等的，消费者要想买到自己需要的商品，是受到极大限制的。如果处于主导地位、作为格式条款的提供者的商家在格式条款中加进一些不平等条款，处于弱势地位的消费者只能被动接受。本案虽然商场购物券背面均提示了“本券不兑换现金亦不设找零”，消费者杜某也自愿参加了这项活动，但这是弱势群体的无奈的“本人真实意思”的表示。民事主体地位事实上的不平等，就不可能有权利义务的真正平等，消费者的某些合法权益极易受到损害。购物券不找零的规定既无法律依据，亦违反公平原则、等价有偿原则。无论从我国《消费者权益保护法》以及价格方面的法律法规来看，还是从一般商业规则或交易习惯来讲，都很难将其认定为一种合乎法律或情理的行为，它显然没有充分尊重和维护消费者的平等权利及对等利益，实为不公平的“霸王条款”。另外，国务院曾发布通知，明令禁止印刷、发售、购买和使用各种代币购物券的行为。从这个角度看，商家发行购物券的行为本身就是违法的，那么有关购物券中的一些规定自然也就不存在合法的基础了。因此，购物券背面的《使用说明》中“本券不兑换现金亦不设找零”的规定违反了《消费者权益保护法》的相关规定，因此该规定应属无效，杜某提出的商场找付他1元钱或等值购物券的诉讼请求应获得支持。

6. 有奖销售因违法而停止后，销售者应当承担赔偿责任吗？

【案情】

自2003年7月起，北京天源房地产开发有限公司在销售其开发的天源福村楼盘第2期68套住宅过程中，推出“天源福村寻福星”房产有奖销售活动，凡在该处购买住宅一套，即获得抽奖卡一张，将抽号产生幸运之星一名，获得所购房屋同等面积的住宅一套，但未确定开奖期限。活动期间，郑某购买住房一套，并领取了抽奖卡，卡号为25号。事后，工商行政管理部门经调查认为，该项有奖销售活动所设置的最高奖项价值超出5000元，且在销售活动中未向购买者明示其所设奖的奖金金额、兑奖时间、方式及开奖的时间、地点、方式等事项，属不正当竞争行为，于2003年11月26日作出行政处罚决定：责令停止违法行为；罚款人民币肆万元，上缴国库。天源房地产公司遂停止了该项活动并公告给予每位购房者1000元的补偿，先后已有40余位购房者领取了补偿款项，而郑某尚未领取。2004年3月，郑某到天源房地产公司要求给予其1000元的补偿，但天源房地产公司以过期为由拒绝了郑某的要求。郑某遂提起诉讼，要求天源房地产公司按预定奖项即一套房屋的当前市场价的1/68进行补偿，赔偿经济损失10000元。

【争鸣】

■ 原告郑某提出，天源房地产公司违背诚实信用原则从事销售

活动，在当时房屋滞销的情况下，以抽奖卡为诱饵吸引消费者购房从而取得市场优势，存在欺诈行为，应根据《消费者权益保护法》的规定，按预定奖项即一套房屋的当前市场价的1/68进行补偿，赔偿其经济损失10000元。

■ 被告天源房地产公司提出，郑某参加有奖销售活动，只拥有中奖的可能性，但决定其是否中奖的抽奖活动并未进行。该公司的有奖销售活动在受到工商行政管理部门的行政处罚后已经停止，并作出了对每位购房者一定的补偿，其行为不构成民事欺诈，而且郑某的赔偿请求已经过期，因此不应当赔偿郑某。



【律师点评】

在市场经济条件下，不少商家为吸引顾客，频频采用有奖销售的促销手段，由此引发的纠纷不断增加，上述案例即具有一定的典型性。此案的焦点问题是有奖销售因违法而停止后销售者是否应当承担赔偿责任。对于此案，应当明确以下几个问题：1. 案件双方当事人的法律关系是什么？2. 天源房地产公司的行为是否构成欺诈？3. 天源房地产公司就该法律关系应否承担给付义务或违约责任？

首先，原被告之间因房屋买卖和抽奖卡赠与行为而产生三种合同关系。一是商品房买卖合同关系。该合同关系是双方之间的基础法律关系，房地产公司设奖的目的在于促销，而郑某获得抽奖卡乃是购买房屋的结果，双方订约的主要目的在于商品房的买卖。二是赠与合同关系。郑某购房时获赠抽奖卡一张，则双方同时又发生赠与合同关系，根据抽奖卡的发放对象，该赠与行为应是一种附义务的赠与，郑某是基于购买房屋的行为而获得抽奖卡，如不购房则无获赠资格，而一旦接受抽奖卡则表明赠与合同成立并独立于商品房买卖合同存在。

三是射幸合同关系。由于房地产公司向郑某赠送的是抽奖卡而非实物奖品，郑某在获得抽奖卡后只是获得未来可能中奖的机会，因此双方的法律关系并没有因抽奖卡的交付而终止，这时双方之间又形成一个新的法律关系，即射幸合同关系。所谓射幸合同是指合同双方以某一机会作为合同标的物，只有当机会发生时，一方才有可能从对方获得相应的利益，但因合同的标的物是中奖机会，故权利义务带有不确定性。该射幸合同随同抽奖卡的赠与而发生，并区别于之前的买卖合同关系而独立存在。一旦射幸合同成立，则天源房地产公司负有义务通过某种预先设定的方式确定中奖者，并向中奖者提供预先确定的奖品即相同面积住房一套，否则应承担违约责任。

如前所述，随着抽奖卡的发放，原被告间形成射幸合同关系，天源房地产公司若拒绝确定中奖者或不按规定方式确定中奖者，原告及其他抽奖卡持有者有权要求其履行射幸合同规定的义务并承担相应违约责任。但本案的关键是房地产公司举办的有奖销售活动所设最高奖项的价值超过五千元，违反了《反不正当竞争法》的规定，被有关职能机关确定为不正当竞争并责令停止，由于合同内容违反了法律、行政法规的强制性规定，故应认定该合同无效。《合同法》第56条规定，“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力”。第58条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”不管是故意还是过失，天源房地产公司的行为已构成不正当竞争，应认定为造成射幸合同无效的过错方，如对购房者造成损失，应予赔偿。

其次，天源房地产公司的售房行为不属于民事欺诈。民事欺诈行为，是指在民事活动中，一方当事人故意以不真实情况为意思表示，使对方陷于认识错误，从而达到发生、变更、消灭一定民事法律关系

的目的的不法行为。天源房地产公司与郑某间的基础法律关系是商品房买卖关系，双方签约的目的主要是为了房屋的买卖。房地产公司举办有奖销售活动，向所有购房者提供中奖机会，是一种促销行为，双方间因赠送、接受抽奖卡而成立射幸合同，均系双方真实意思的表示，虽然该合同因违反法律而被确认无效，但不能以此认为房地产公司以欺诈的手段使对方在违背真实意思的情况下订立合同。而由于双方所订立的射幸合同与商品房买卖合同是两个相对独立的合同，射幸合同的无效并不影响商品房买卖合同的效力。单纯从商品房买卖合同的角度分析，虽然能否获得中奖机会可能促使原告作出购房的决定，但其订约并支付价款的目的主要是为了获得房屋而不可能是为了获得并不确定的中奖机会，其在订立合同时主要也是了解并考虑欲购房屋的质量、构造、面积、地理位置、环境和价格等基本情况而非其他因素，双方出于自愿订立合同，且已完成标的物的交付，实现了合同目的，因而不能认为天源房地产公司实施了欺诈行为，双方的买卖合同应属有效且不可撤销。

再次，由于射幸合同双方当事人间的权利义务具有不确定性，原告郑某虽获得抽奖卡，但是否中奖及获得奖品并不确定，被告虽赠送了抽奖卡，但是否负有向原告支付奖品的义务也不确定，只有按合同约定的抽奖方式开奖后原告幸运中奖，双方之间不确定的权利义务关系才转化为确定的债权债务关系，原告才享有要求被告支付约定奖品的权利。但天源房地产公司的有奖销售活动因违反法律强制性规定而被责令停止，该射幸合同因未实际履行，并未开奖确定中奖者，故原、被告间未成立债权债务关系，天源房地产公司不承担向包括本案原告在内所有购房者给付奖品的义务。又因其与购房者订立的射幸合同无效，而无效合同具有不得履行性，且不受法律的承认和保护，故而房地产公司也无须承担不履行合同的违约责任。

但是，天源房地产公司虽不承担给付奖品的义务和不履行合同的

违约责任，并不是说其不需要承担任何民事责任。根据《合同法》第58条规定，合同当事人因合同被确认无效而负有返还财产和赔偿损失的民事责任。由于天源房地产公司与郑某间基于射幸合同并未发生财产的交付，故不适用返还财产。至于损害赔偿，如前所述，由于天源房地产公司系造成射幸合同无效的过错方，购房者若因合同无效遭受损失，则房地产公司理应承担相应的赔偿责任。然而所受损失应是实际发生并可以确定的，且此种损失应为信赖利益的损失而非期待利益的损失，所谓信赖利益的损失是指无过错方当事人信赖合同有效和对方将履行合同而支付费用和代价，因合同被确认无效而蒙受的损失，所谓期待利益则是指当事人通过合同履行所获得的利益。对于损害事实的存在与否，购房者应负举证责任。本案当事人间的基础法律关系是商品房买卖合同关系，合同的目的主要是房屋买卖，射幸合同虽基于商品房买卖合同产生，但两个合同是相互独立的。射幸合同的无效并未使原告在房屋买卖过程中受到任何损失，且客观上因房屋市值的上涨而有所获利。至于射幸合同的无效给原告造成的后果是失去了一次可能中奖的机会，其在订立和履行该合同过程中并未支付任何费用和代价，并无任何实际的损失，天源房地产公司表示给予1000元的补偿可视为一种心理抚慰性质的补偿，而非对其实际所受损失的弥补，因此在本案中天源房地产公司对郑某不承担赔偿责任。

7. 交货与封存样品一致，有隐蔽瑕疵是否可以退货?

【案情】

2007年1月3日，都某在当地一家商场购物时，发现有一款金戒指很合自己心意，便提出购买5枚（其中有4枚准备用于送人）。商场提出现只剩1枚，如果需要可以订购。都某交清了1000元定金后，经双方签章，对所剩的那枚戒指进行了封存，以备作样品。事隔10天，都某依约前往取货并补足余款，商场依封存的样品交付了5枚戒指。后经朋友指点，都某方知系镀金戒指，遂要求商场退货。商场则以双方是依据样品协商的，样品已经由双方封存，所交戒指与样品无异为由拒绝。都某于是起诉至法院，要求商场退货。

【争鸣】

■ 原告都某提出，商场没有主动告知杜某戒指系镀金品这一真实信息，其服务存在瑕疵，导致都某只能从外表、从价格不低于通常金价上作出判断，判断结果完全违反了其真实意愿。所以，商场应当退货。

■ 被告商场提出，双方是依据样品协商的，样品已经由双方封存，所交戒指与样品无异，因此，商场不应当退货。



【律师点评】

本案涉及特殊买卖合同中的凭样品买卖。凭样品买卖也称货样买

卖，是指出卖人交付的标的物应当与当事人保存的货物样品具有同样品质的买卖。所谓样品，又称货样，是指当事人选定的用以决定标的物品质的货物。它通常是从一批货物中抽取出来的或由生产、使用部门加工、设计出来的，用以反映和代表整批商品品质的少量实物。凭样品买卖具有下列特征：一是买卖合同中约定了按照样品交付标的物的条款。二是封存样品并按样品交付标的物。应提交当事人封存的样品，有样品质量说明的，应提交样品质量说明。三是按照样品交付不免除出卖人的瑕疵担保责任。买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合同种物的通常标准。

本案中，都某与某商场之间买卖金戒指的合同成立。双方约定并封存了样品，成立凭样品买卖合同。主要涉及以下问题：1. 样品有隐蔽瑕疵。这里所说的“隐蔽瑕疵”，是指经一般、通常的检查不易发现的样品的品质缺陷。都某是普通的消费者，没有鉴别金制品的专门知识，也没有携带此方面的仪器，其所能判断的只能是款式是否新颖、好看，却无法凭自身能力了解是不是镀金品，她不知道样品有隐蔽瑕疵：镀金而非真金。如果买受人在签订合同时已经知道或者应当知道样品有隐蔽瑕疵的，应当认为样品所表示的质量标准就是合同约定的质量标准。2. 样品有隐蔽瑕疵时的履行标准。一般情况下，凭样品买卖应以样品作为交付标的物的品质标准。但存在一种例外，即《合同法》第169条规定的：“凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合同种物的通常标准。”该规定确定了当样品有隐蔽瑕疵而买受人对隐蔽瑕疵不知道的情况下，出卖人的履行标准：出卖人交付标的物的质量仍然应当符合同种物的通常标准。即出卖人应当以“同种物的通常标准”履行凭样品买卖合同而不能以瑕疵样品为标准。总之，出卖人负有在买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的情况下保证

交付的标的物与同种物的通常标准相符的义务。如果出卖人明知样品有隐蔽瑕疵而故意隐瞒不告诉买受人，则主观上有欺诈的故意，其行为构成欺诈，应适用有关欺诈的规定。

本案中，商场违反了如实告知的义务。《消费者权益保护法》第19条第1款规定："经营者应当向消费者提供有关商品或服务的真实信息，不得作引人误导的虚假宣传。"商场没有主动告知都某的戒指系镀金品这一真实信息，其服务存在瑕疵，导致都某只能从外表、从价格不低于通常金价上作出判断，判断结果完全违反了其真实意愿。所以，商场应当退货。

8. 没有办理牌照的车辆能否买卖?

【案情】

王某在某外企工作，由于工作单位离家较远，一直考虑买车代步。2007年4月，经过多方比较，王某在桑塔纳汽车销售站购买了一辆桑塔纳2000型轿车。在准备给车辆上牌照的时候，王某的女儿在学校组织的体检过程中被查出患有先天性疾病，需要大笔的医疗费用。为给女儿筹措医疗费，王某将刚刚购买的小轿车出让。经朋友介绍，王某将未办理牌照的小轿车转让给孔某，双方签订了买卖合同。合同签订后，王某将车辆交付给孔某试用。在试用期间，孔某反悔，不愿支付车款，提出解除车辆买卖合同，遭到王某的拒绝。2007年8月，王某在多次要求孔某支付车款未果的情况下，向人民法院提起诉讼，要求孔某履行车辆买卖合同。

【争鸣】

■ 原告王某提出，合同效力的确认必须以法律规定为依据。在本案中，当事人双方均为完全民事行为能力人，买卖汽车的意思表示真实并实际交付，且不损害国家、社会公共利益和他人利益，符合民事法律行为的要件。当事人讼争的车辆虽然是未办理牌照的新车，但现行法律、行政法规并没有规定新车在无牌照的情况下不得买卖或转让。机动车辆在未上牌照之前，由于尚未投入正常使用，故在法律上应视为一般意义上的物，而非特定的交通运输工具。依据《合同法》第44条、第52条标的的规定，当事人买卖汽车，虽未经登记注册及

办理过户手续，但并无违反法律、行政法规强制性规定的情形以及其他无效要件，故购车协议有效，对双方当事人有法律约束力。自己已经履行车辆交付义务，无过错；孔某未履行给付购车款义务，应承担过错责任，按约定支付购车款。

■ 被告孔某提出，当事人讼争的车辆未经登记注册、办理牌照及过户手续，为私自买卖，双方所签协议无效。因此，对王某要求自己支付购车款的请求应当不予支持。



【律师点评】

本案中所涉及的车辆买卖合同是有效的。被告孔某认为车辆未办理牌照和过户手续，因此，应当认定合同无效的意见没有法律根据。王某已按合同约定履行转移交付车辆的义务，孔某即应当按约定履行其支付购车款的义务。

《道路交通安全法》第 8 条规定："国家对机动车实行登记制度。机动车经公安机关交通管理部门登记后，方可上道路行驶。尚未登记的机动车，需要临时上道路行驶的，应当取得临时通行牌证。" 第 9 条规定："申请机动车登记，应当提交以下证明、凭证：（一）机动车所有人的身份证明；（二）机动车来历证明；（三）机动车整车出厂合格证明或者进口机动车进口凭证；（四）车辆购置税的完税证明或者免税凭证；（五）法律、行政法规规定应当在机动车登记时提交的其他证明、凭证。公安机关交通管理部门应当自受理申请之日起五个工作日内完成机动车登记审查工作，对符合前款规定条件的，应当发放机动车登记证书、号牌和行驶证；对不符合前款规定条件的，应当向申请人说明不予登记的理由。公安机关交通管理部门以外的任何单位或者个人不得发放机动车号牌或者要求机动车悬挂其他号牌，本

法另有规定的除外。机动车登记证书、号牌、行驶证的式样由国务院公安部门规定并监制。”此即车辆的登记注册或办理牌照的规定。

该规定表明，新车要取得上路行驶的资格，必须经主管机关检验合格，并领取牌号、行驶证，否则，不能上路行驶。显然，这是对购车人在购车后应当履行的一种行政管理方面的行政义务的要求，是购车人对行政主管机关所负的一种单方义务，并不是车辆买卖合同双方当事人共同的义务，这是交通管理、车籍管理的内容。虽然购车人在办理牌照时也应当交验买卖合同及购车发票，但此仅属办理牌照必要的手续，不是对合同的批准、登记手续。《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”可见，依“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的”合同，并不包括本案这种合同关系。至于哪种合同是“应当办理批准、登记”等手续才生效的合同，必须有法律、行政法规明文规定，目前还没有哪一个法律或行政法规规定新车买卖合同的签订要经第三方批准或者登记才能生效。《合同法》的上述规定是合同管理的内容，与交通管理、车籍管理的性质和内容完全不同，被告孔某的意见显然混淆了这种差别。

另外，尚未上牌照的新车买卖，无论是生产商卖给经销商，批发商卖给经销商，还是经销商卖给用户，都不存在所谓的过户问题。一般所说过户，均是指已上牌照的车辆转让时应办理的一种手续。所以在本案中，当事人双方买卖尚未上牌照的新车，不存在要办理过户手续的问题。其次，机动车的买卖确实存在“限制”或“禁止”转让的问题，但该限制或禁止是针对二手车或超过一定年限或行驶一定里程的报废车的，也可能针对未能通过生产许可或进口许可的新车，只要当事人买卖的车辆不在这些范围之内，就不能以买卖的车辆属“法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物”为理由，认定其买卖合同无效。再次，买卖合同直接追求的目的就是所有权转移，机动车

为动产，应依动产所有权转移的一般原则来确认其所有权转移，这个一般原则是交付转移或依当事人约定的方式转移。所以，机动车买卖的标的物所有权转移是以交付或约定方式的完成来认定的。同时，车辆管理部门车籍管理中的登记，从来都不属于所有权登记的性质，法律上从来都没有要求机动车应当进行所有权登记，机动车转让中的过户仅是车籍管理的要求；即便是所有权登记的性质，所有权登记也仅是物权取得的要求，也不能认定为是买卖合同生效的条件。

综上所述，尚未上牌照的新车买卖，既不涉及登记注册问题，也不存在办理过户手续的问题，且该两个问题又均不是认定合同效力的条件，该种新车买卖合同的效力应仅受标的物是否属法律、行政法规“禁止或者限制转让”的约束。只要没有这方面的限制，当事人之间买卖尚未上牌照的新车的行为就是有效的。在本案中，王某与孔某的新车买卖行为合法、有效。在王某已经履行车辆交付义务的条件下，孔某未履行给付购车款义务，应承担过错责任，按约定支付购车款。

9. 小学生实施的手机买卖行为是否具有法律效力？

【案情】

卫丽丽（12岁）是家里的独生女，上小学6年级。父母和爷爷、奶奶等都非常疼爱她。逢年过节，卫丽丽手里总少不了成百上千的零花钱。2007年7月某日，卫丽丽在学校里看到有同学拿着手机下载彩铃，动听的铃声让卫丽丽觉得非常神气，特别想拥有一部自己的手机。放学后，卫丽丽回到家里，瞒着父母取出了全部零花钱，跑到附近的某购物中心购买了一部手机，价值1600元。商场里出售的一款书包非常漂亮，卫丽丽用剩下的80元钱购买了一个书包。卫丽丽的父母发现女儿购买的手机和书包后，当即到购物中心要求退货，遭到拒绝。经多次协商未果，卫丽丽的父母以女儿的名义向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告卫丽丽的父母提出，卫丽丽是一名小学生，只有12岁，属于限制民事行为能力人，因此，只能订立纯获利益的合同及与其年龄、智力、健康状况相适应的合同，与他人订立的其他合同只有经过父母的追认才能生效，否则不发生效力。卫丽丽到购物中心购买手机和书包，事先未经父母同意，事后也未得到父母的认可，而且交易价值较大，超出了其认识和判断能力的范围，与其年龄、智力状况不相适应，因此，请求确认买卖合同无效，返还货价款。

■ 被告某购物中心提出，购物中心工作人员并不知道卫丽丽是

未成年人。而且书包是学生经常使用的学习用品，卫丽丽作为一名小学6年级学生，对购买书包行为的性质和后果具有判断能力；手机作为已经普及的通信工具，与人们的日常生活息息相关，作为一名十几岁的孩子，对其也是有认识和判断能力的。而且，购物中心在与卫丽丽交易时没有欺诈行为，公平买卖。因此，卫丽丽与该购物中心订立的手机、书包买卖合同是双方的真实意思表示，合法有效。对方父母事后反悔，要求撤销合同，不应得到支持。



【律师点评】

我国《民法通则》第12条第1款规定：“10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第3条规定：“10周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。”在本案中，卫丽丽年龄只有12岁，因此，她是限制民事行为能力人，只能订立纯获利益的合同和与其年龄、智力相适应的合同，她与他人订立的其他合同，为效力待定的合同。这些合同是否能生效，取决于其法定代理人（其父母）是否同意。未成年人订立的非纯获利益的合同和与其年龄、智力不相适应的合同为效力待定的合同，是由法律直接规定的，并不因相对人是否知情或是否有过错而改变，相对人不能依据不知情而主张这些合同有效。而且，相对人也不能以合同已经得到履行而主张合同已经生效。

那么相对人能否因为合同内容没有对限制民事行为能力人造成损

害而主张这些合同有效呢？比如在本案中，某购物中心提出在与卫丽丽交易时没有欺诈行为，公平买卖。虽然法律确定限制民事行为能力人所订立的这些合同为效力待定的合同，其宗旨在于保护限制民事行为能力人的利益，但并不能简单地认为，只要合同内容不损害限制民事行为能力人的利益，就认为合同有效。合同内容是否损害限制民事行为能力人的利益或符合限制民事行为能力人的利益，应当由其法定代理人来判定。法律之所以确定十岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的人为限制民事行为能力人，就是认为他们对某些行为没有自己的判断，对这些行为的意识表示只能由其法定代理人代为进行。因此，不能因为合同的内容不损害或符合限制民事行为能力人的利益，就认为合同有效。

但是，并不是所有限制民事行为能力人所订立的合同均为效力待定的合同，这取决于合同的内容是否纯获利益或与其年龄、智力和精神健康状况相适应。如果限制民事行为能力人所订立的合同为纯获利益的合同或是与其年龄、智力、精神状况相适应的合同，则该合同不为效力待定的合同，如果符合其他合同生效要件，合同自成立时，即生效；反之，该合同即为效力待定的合同。而判断合同是否与限制民事行为能力人年龄、智力、精神健康状况相适应，不能简单地看合同标的的价值大小，而应当根据限制民事行为能力人的具体情况分析。比如年龄大小、健康状况的好坏、受教育的情况、社会环境的影响等，这些可以作为判断合同是否与年龄、智力、精神健康状况相适应的依据，都是判断合同是否为效力待定的合同的标准。

在本案中，卫丽丽与购物中心订立的合同是否为效力待定的合同呢？显然，这些合同均不是纯获利益的合同，但是否为与其年龄、智力相适应的合同就值得进一步分析。首先，卫丽丽与购物中心之间买卖手机的合同为效力待定的合同。这是因为，卫丽丽作为未成年人对手机没有判断能力，卫丽丽也因此不能对合同本身的性质、内容和结

果作出判断，这些都超出了其意识能力范围。对于手机买卖合同，其是否生效取决于其父母（法定代理人）是否同意。卫丽丽父母在合同成立前没有表示同意，在合同成立后也没有追认，合同不能生效。因此，购物中心应当返还手机价款。但卫丽丽与购物中心之间的书包买卖合同是有效力的，这是因为，卫丽丽作为一名12岁的小学生，对书包这种学习用品应当有基本的认识，对合同的性质、内容、结果也应当有判断力，这些并没有超出其意识能力范围。卫丽丽的父母不能因为他们没有同意其购买书包而认为合同不能生效。因此，卫丽丽与购物中心之间购买书包的合同为有效合同，购物中心不必返还书包价款。

10. 经营者否认假冒商品为自己出售，是否应当承担举证责任？

【案情】

2007年11月，蒋某在举行婚礼前携未婚妻到某购物中心买首饰。在珠宝柜台前，蒋某的未婚妻看中了一枚钻戒。蒋某以5000元的价格将该钻戒买下。2008年3月，一次偶然的机会，蒋某将钻戒交给朋友拿到某鉴定中心鉴定，鉴定结论出乎意料：该钻戒是假冒的。蒋某当即找到某购物中心珠宝专柜要求赔偿。珠宝专柜的老板表示，该专柜出售的珠宝都是从正规厂家进货，绝对有信誉保障，不可能出现假冒商品，蒋某的钻戒肯定不是从该专柜购买的。蒋某向人民法院提起诉讼，请求判决该珠宝专柜赔偿自己的损失，同时向法庭提交了购物发票和鉴定结论作为证据。

【争鸣】

■ 原告蒋某提出，自己有购物发票和专业的鉴定结论，足以证明自己从某珠宝专柜购买钻戒和该钻戒为假冒商品的事实，因此某珠宝专柜应当赔偿自己的损失。

■ 被告某珠宝专柜经营者提出，尽管蒋某在该专柜购买价值5000元的钻戒一枚属实，但蒋某提供的证据不足以证明该钻戒与从某珠宝专柜购买的钻戒是同一枚。如果蒋某不能提供相应的证据，就应当承担举证不能的责任，法院应当驳回其诉讼请求。



【律师点评】

在本案中，当事人双方争议的焦点是蒋某所持的经鉴定为假的钻戒是否为从某珠宝专柜购买的钻戒。无论是蒋某还是某珠宝专柜，举证证明这一事实都是十分困难的。因此，在这种情况下，将该事实的举证责任判由谁承担，就意味着谁将承担举证不能的责任，面临不利的诉讼后果。

举证责任实际上是由两方面的内容组成的：一是当事人向法院提供证据的责任，即行为意义上的举证责任；二是辩论终结时，当事人因案件事实真伪不明而承担不利的诉讼后果的责任，即结果意义上的举证责任。在这两者当中，结果意义上的举证责任是实质所在，行为意义上的举证责任不过是结果意义上的举证责任的延伸。当事人主张某种有利于自己的事实是为了避免承担结果意义上的举证责任，理应由其承担行为意义上的举证责任。但结果意义上的举证责任不是随便发生作用的。只有当待证事实在已经穷尽一切合法、可能的证明手段之后仍然处于真伪不明的状态下时，结果意义上的举证责任才发生效力。首先，应当明白这里的穷尽一切合法、可能的证明手段，不仅是针对当事人而言，即当事人应当尽力提供证据，促使法官心证的形成，而且也包括受案的法官。也就是说，法官不能片面地理解举证责任，将举证责任推向当事人，从而过于消极地面对待证事实。法官要努力形成心证，才能适当地积极面对待证，从而全面审视案件。其次，这里所说的真伪不明产生的前提条件是：原告提出了有力的本证，被告也提出了实质性的反证；对争议的事实有证明的必要，自认的、无争议的、众所周知的事实无须证明；用尽合法的、可能的证明手段，法官仍然无法获得心证；口头辩论结束，而心证不足的情形仍然无法改变。只有这些条件同

时成就时，结果意义上的举证责任才发生效力。同时，在这些条件中还包含了对证明标准的要求，即原告的本证必须是有力的，必须达到使法官确信该事实的存在具有高度盖然性的程度。被告若想反驳、推翻原告的证据或使原告的证据处于难以采信的境地，也应当提出实质性的能动摇法官对高度盖然性确信的证据。如果仅仅是口头上的否认，而无有力的证据加以证明，纵然此时被告提出的主张看似难以查清，法官仍然应当认定原告主张的事实成立，而非真伪不明，结果意义上的举证责任不发生作用。

在本案中，蒋某已经提供了证明自己主张的事实的有力证据。首先，蒋某提供了购买钻戒时的发票，证明自己确实在一定的时间、地点与特定的对象有过交易行为；其次，蒋某提供了某鉴定中心的鉴定结论，证明了自己的钻戒为假冒的主张。结合这两项证据和当事人双方的陈述（当事人双方均承认曾发生过购买钻戒的交易行为），得出蒋某在某购物中心珠宝专柜购买的钻戒为假冒的结论是合乎情理的。这种盖然性依通常的认识是存在的，并且足以达到高度盖然性的证明标准。所以，蒋某的主张初步成立。也就是说，此时蒋某行为意义上的举证责任已经完成，行为意义上的举证责任已经转移到了珠宝专柜一方。那么，某珠宝专柜是否提供了足以推翻蒋某所主张的事实的证据呢？某珠宝专柜的否认性主张包含有两层意思：一是否认蒋某在某珠宝专柜处购买的钻戒是假冒商品，这是针对蒋某提出的所购买的钻戒为假冒的事实主张的反驳；二是某珠宝专柜主张蒋某所持的假钻戒与在该专柜购买的钻戒不是同一枚钻戒，这是一个有利于某珠宝专柜的新的事实主张。上述第一层意思的口头反驳与蒋某提供的鉴定结论相比较，显然无法推翻蒋某提供的证据。而某珠宝专柜提出的蒋某所持的钻戒不是在该珠宝专柜购买的新事实主张，依照“谁主张，谁举证”，理应由某珠宝专柜承担举证责任，但某珠宝专柜没有提供任何证据来证明其主张的事

实。由于某珠宝专柜没有完成已经转移到己方的行为意义上的举证责任，所以，结果意义上的举证责任不发生作用。蒋某主张的事实成立，应当由某珠宝专柜承担不利的诉讼后果，即某珠宝专柜应当赔偿蒋某的损失。

11. 经营者标高价格后降价销售的，顾客能否要求赔偿？

【案情】

某商场为庆祝开业三周年，举行让利酬宾活动。该商场在报纸上发布降价广告，宣布该商场的部分产品降价销售。在广告上，有产品的名称和价格（包括原价格和优惠价）。其中，某型号电视原价3000元，现价2000元。当地居民鲍某看到广告后，即到该商场购买了该型号电视。但不久之后，鲍某即从朋友处获悉，早在国庆节之前，其所购型号电视的售价仅是1500元，自8月份起，该型号的电视的销售价格即已从3000元降至2000元。鲍某认为该商场的降价销售活动存在欺诈行为，向其提出索赔要求，而商场以其不存在欺诈行为，鲍某曲解了广告内容为由拒绝赔付。鲍某遂向当地人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告鲍某提出，该商场从8月份降价起，此型号电视的价格一直为2000元，在此期间没有恢复3000元的价格。根据《价格法》的有关规定，该商场的行为属于虚假降价的价格欺诈行为。因此，法院应当判决解除双方之间的电视买卖合同，并由商场增加相当于电视价款一倍的赔偿。

■被告商场提出，“原价”在现代汉语中的意思是“原来的价格”，鲍某所购电视型号在国庆节降价广告发布之前，统一售价就是3000元。8月份，该型号电视进行了一段时间的降价销售，以扩大销

路，占领市场。这一降价有特殊的市场背景和销售时段，并不意味着此后一直以此价格销售，该商场有权随时恢复原价。因此，该商场不存在欺诈行为，不同意鲍某的诉讼请求。



【律师点评】

《合同法》第54条第2款规定："一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。"《消费者权益保护法》第49条规定："经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。"在本案中，某商场发布的降价广告内容确定，对其自身具有约束力，符合要约的规定，应视为要约，鲍某依约购买了电视为承诺，此时双方之间的电视买卖合同成立。但是，双方在缔结合同过程中，商场的降价销售活动明显构成价格欺诈。因为"原价"在目前我国市场价格领域中有其特定的含义，根据国家有关部门的规定，原价就是降价行为前的实际销售价，而该商场在国庆节发布降价广告，其中的原价应是国庆节之前的实际销售价。商家虽有权在原降价时段结束之后，决定恢复3000元的价格。但事实表明，从8月份实行降价销售起，此型号电视的价格一直为2000元，在此期间没有恢复3000元。依据《价格法》第14条第4项的规定，经营者不得有下列不正当价格行为：……（四）利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易，由此可知该商场的行为属于虚假降价的价格欺诈行为。根据《合同法》第54条的规定和《消费者权益保护法》第49条的规定，鲍某可要求商场承担损害赔偿责任，并由被告增加赔偿其受到的损失。

进一步说，这种赔偿是一种缔约过失责任。所谓缔约过失责任，是指缔约人故意或过失地违反先合同义务时所依法承担的民事责任。所谓先合同义务，是自缔约人双方为签订合同而互相接触磋商开始逐渐产生的注意义务，包括互相协助、互相照顾、互相保护、互相通知、诚实信用等义务，这些义务均以诚实信用原则为基础。缔约过失责任的构成要件有以下4方面：1. 缔约过失责任必须发生在合同的订立过程中。缔约过失责任发生在合同的订立过程中，或者在合同已经成立但因为不符合法定的合同生效要件而被确认为无效或被撤销的情况下。2. 必须有缔约过失行为。造成缔约过失责任的行为主要是：(1) 假借订立合同的名义，以损害对方利益为目的，恶意磋商的行为。所谓恶意磋商，即是指一方当事人在无意与对方达成协议的情况下，为了达到损害对方利益的目的，假借订立合同的名义，开始或继续进行谈判的情况。这属于一类比较严重的缔约过失行为，因为这种行为主要是由行为人的故意造成的，其目的在于为了损害对方的利益，拖延时间，造成对方在市场竞争中的不利地位。(2) 通过隐瞒反映当事人或合同本意的应予披露的事实以取得在合同规定的权利义务上的优势等行为。(3) 其他违背合同的诚实信用原则的行为。主要表现为以下两种情况：①一方当事人有意或由于疏忽使对方当事人对所谈合同的性质或条款产生误解；②歪曲事实使对方违背自己的真实意愿作出行为。3. 当事人主观上必须有过错，因此也可以说缔约过失责任是一种过错责任。4. 必须给对方当事人造成了损失，缔约过失责任的承担以给对方造成了实际的损失为限。

在本案中，某商场以存在价格欺诈的广告宣传，使鲍某基于对其的特殊信赖而订立了购买电视的合同。所以，该商场在缔约合同过程中故意违反了先合同义务。在得知该商场的欺诈行为后，鲍某提出撤销合同，赔偿损失，并依《消费者权益保护法》的规定请求增加赔偿的数额是符合法律规定的，应予支持。

12. 消费者超过约定期限，经营者是否有权拒绝为消费者开具发票？

【案情】

2011 年 8 月到 10 月期间，李某在某超市购买各种生活必需品等物的价款共计 1335. 26 元，每次在收银台付款结账后，都收到超市开具的购物小票一张。小票上除去记录消费者购物清单及价格外，下面还打印有“如需发票，请在一个月内办理”的字样。李某先后四次到该超市，想要其开具购物发票，但是每次到开发票处开具发票时，排队的顾客都很多，而他由于工作忙，没有时间等待，所以多数情况下都来不及开发票就离开了。在一个月以后的 11 月 20 日，李某持其 1300 余元的购物小票到万家和公司要求开具发票时，超市却以超过一个月为由，拒绝开具发票。在多次要求无效的情况下，李某向法院提起诉讼，要求超市为其开具购物发票。

【争鸣】

■ 原告李某提出，李某和超市之间形成消费者和经营者的关系，根据《消费者权益保护法》的有关规定，经营者有出具购货凭证和服务单据的义务，又根据我国《发票管理办法》的规定，超市有义务给消费者开具发票，在该管理办法中并没有规定期限。超市关于“如需发票，请在一个月内办理”的规定无法律依据，应认定为无效。

■ 被告超市提出，李某在收银台付款时，都会收到超市开具的

购物小票一张，小票上印有“如需发票，请在一个月内办理”的字样，李某应该能够注意到。因此，超市已经履行了提示义务，而李某超过一个月后才办理发票，超市自然就有权拒绝为其开具发票。



【律师点评】

本案是一起经营者违反其应当出具购货凭证和服务单据义务的案例。购物凭证是消费者向经营者购买商品后而从经营者处所获得的发票和其他购物单据，服务收据是接受服务后从服务提供者处所获得的发票或其他书面凭据。购货凭证和服务单据通常表现为发票、收据、购货小票、信誉卡、价格单、保修单等形式，其中最主要的是发票。购货凭证和服务单据是消费者和经营者之间进行消费活动的基本依据，是双方之间合同关系成立的书面凭证，具有证据的作用，是消费者享受有关权利和其合法权益受到侵害以后向经营者索赔的重要依据。因此，《消费者权益保护法》第21条对经营者出具购货凭证和服务单据义务专门作出了规定：“经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。”

经营者出具购货凭证和服务单据义务的主要内容包括：（1）经营者应当按照国家法律法规的有关规定向消费者出具购货凭证或者服务单据，我国的部分法律法规直接规定了经营者的这项义务。如《发票管理办法》第19条就规定：“销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票；特殊情况下，由付款方向收款方开具发票。”（2）经营者应当按照商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据，商业惯例经法律确认后就具有约束力，经营者应当遵守，但商业惯例

不得与法律相冲突。（3）消费者索要购货凭证或服务单据的，经营者必须出具，尽管在有的情况下，经营者根据法律和商业惯例不必出示购货凭证或服务单据，但如果消费者要求出具的，经营者必须出具。

本案中，超市以其出具的销售小票上印有“如需发票，请在一个月内办理”的内容而主张其不必出具发票，在经过一个月之后经营者出具购货凭证和服务单据的义务是否就可以免除呢？根据我国《发票管理办法》，关于经营者在出具购货凭证和服务单据的义务该管理办法中并没有规定期限，即法律法规并没有对出具单证的期限明确规定，在这种情况下，从消费者权益保护的角度，经营者就不能免除其法定义务。《消费者权益保护法》第24条也规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”所以，超市有义务向作为消费者的李某出具发票。

13. 公司被合并后，应当如何向消费者承担赔偿责任？

【案情】

2007年3月6日，宋某在某购物中心购买天虹牌数字电视机一台，价格为12588元，数周后宋某到朋友家做客，发现朋友家也有一台数字电视机，为国外进口产品，但画面的清晰度要比自己家的电视机好，价格反而没有自己购买的电视贵，宋某也没在意。2007年9月，某电子集团公司由于消费者投诉，向社会公开发布信息：其生产的天虹牌数字电视，由于工艺上的原因本公司决定不向市场投放该种产品，但由于公司管理不当，有个别管理者与商家串通擅自将该品种投放市场，给消费者带来了损害。本公司本着负责任的态度，现已与销售该产品的商家达成协议，由商家负责消费者理赔的工作，由此给消费者带来的不便，本公司向消费者致歉。2007年11月，宋某向购物中心要求退货还款，但发现该购物中心现已变为某连锁经营公司的一个连锁店，经询问得知购物中心已被该连锁经营公司收购兼并。宋某主张由某电子集团公司负责理赔，遭到拒绝，于是向工商部门反映情况，但未得到明确的答复，遂向法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告宋某提出，宋某在购物中心购买某电子集团公司生产的天虹牌数字电视机一台。宋某与购物中心之间形成商品销售合同关系，双方当事人均应依照合同及法律的规定履行各自的义务，任何一方当事人违反该义务的，均应向另一方当事人承担违约责任。购物中

心与某电子集团公司的个别管理者串通，销售不合格的电视机，根据《合同法》关于瑕疵担保责任的规定，购物中心应向消费者承担瑕疵担保责任，消费者有权要求解除合同，鉴于该购物中心现已变为某连锁经营公司的一个连锁店，现要求连锁店承担赔偿责任。另根据《消费者权益保护法》关于生产者及销售者责任的规定，本案生产者生产不合格的商品，其虽无意将该产品进行销售牟利，但由于可归责于某电子集团公司的原因，其疏于管理，致使该产品流入市场，应承担连带责任。

■被告某电子集团公司提出，自己作为本案当事人不适格，根据《消费者权益保护法》第35条的规定，本案应直接起诉销售者购物中心，起诉某电子集团公司属于错列。由于本案销售者购物中心已被该连锁经营公司收购兼并，根据《消费者权益保护法》第36条的规定，本案适格的应为该连锁店，应由连锁店作为适格的当事人继续进行本案的诉讼。



【律师点评】

本案是消费者因购买瑕疵商品而受到损害，向商家主张赔偿责任的财产损害赔偿案件。消费者通过诉讼，维护了自身的合法权益。但在消费者维权的过程中，如何选择合适的被告还是值得注意的问题。本案的焦点问题即在于购物中心法律地位的认定及《消费者权益保护法》第35条的适用。购物中心作为经营者，明知其销售的产品存在质量问题，对消费者进行欺诈，恶意不告知商品存在的质量问题进行销售牟利，侵犯了消费者的知情权，本案有权根据《消费者权益保护法》第49条的规定，主张双倍赔偿。

根据《消费者权益保护法》第36条的规定，消费者在购买、使

用商品或接受服务时，其合法权益受到侵害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。所谓企业分立，是指原企业由一个企业分立为两个企业，企业分立不影响消费者的权利，其可以单独或一并向分立后的企业主张赔偿责任。所谓企业合并，是指两个企业不经清算程序合并为一个企业的情形，合并可分为吸收合并和新设合并，但也不影响消费者主张权益，消费者可以向合并后存续的企业主张权利。由于本案责任人购物中心被别的公司兼并，所以消费者可以向兼并企业主张赔偿。

《消费者权益保护法》第35条规定，消费者在购买使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿以后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或其他销售者追偿。本案的情形符合该条的规定，在仅因为商品存在瑕疵而主张权利的场合，消费者不得直接起诉生产者，而只能起诉销售者承担责任。无论销售者是否有过错，都要向消费者承担责任，其根据在于合同法的相关规定。销售者承担责任后，属于生产者责任的，可以向生产者追偿。消费者不能直接起诉生产者，否则构成错列，法院将通知更换，在消费者仅起诉生产者的情形下，如消费者不同意更换，法院会驳回起诉，消费者在主张自己的权利时要注意这一问题。消费者不可以起诉生产者，但法院却可以将生产者列为无独立请求权的第三人，并判决其向消费者承担责任。因此，在销售者清偿能力有限的情形下，其可以请求法院列生产者为第三人。

本案法院以连锁店为被告，并判决其承担消费者索赔的责任，由作为生产者的第三人某电子集团公司直接向宋某承担部分责任，属于案件的合并审理，有利于消费者权利的保护，符合实体及程序法的规定，这样做是正确的。

14. 消费者买卖假冒伪劣产品退还后，其权利义务是否终结?

【案情】

2006年12月14日，赵某准备到外地旅游，于是私人出资在某汽车贸易公司购买北京吉普车一辆，车价为55200元。某汽车贸易公司市场出具给赵某两张未加盖“某市工商行政管理局汽车交易市场管理专用章”的发票，并随车附号码为No.0191579的合格证一份和某市后勤部生产管理部使用的车型厂牌为“八闽吉普车”、号码为临54-8719的临时牌照一张。赵某电话告知某汽车贸易公司车辆有严重质量问题。第三天，赵某将该车送至吉普车特约维修点某市特约服务中心（以下简称服务中心）进行维修。服务中心检修后，于12月18日作出该车非吉普汽车有限公司生产的情况报告。赵某得知后，即向某汽车贸易公司提出退车并给付相当于所购汽车价款的赔偿的要求。某汽车贸易公司同意退车，于12月24日以银行存单的形式将车款55200元退给赵某，并支付了汽车修理费928.44元，但不同意赔偿。为此，赵某拒绝将汽车钥匙、合格证及临时牌照还给某汽车贸易公司。25日，某汽车贸易公司未经赵某及服务中心同意，擅自将该车车锁撬开，强行开走，返还给供货方某机电设备公司。后赵某到吉普汽车有限公司法律事务所将汽车合格证送检。送检结果表明，编号为No.0191579的汽车合格证系伪造。之后赵某诉至区人民法院，以某汽车贸易公司销售假冒伪劣商品，对消费者有欺诈行为为由，要求根据《消费者权益保护法》第49条的规定，判令某汽车贸易公司给

付赔偿金55200元，补偿其赴京鉴定的差旅费1200元和聘请律师的费用，承担案件诉讼费用。

【争鸣】

■原告赵某提出，某汽车贸易公司将假冒某吉普车有限公司生产的伪劣汽车出售给赵某，其提供伪造的合格证及与车不符的临时牌照，售车发票也违反工商行政管理部门的规定，未加盖“某市工商行政管理局汽车交易市场管理专用章”，其行为已构成欺诈，侵害了消费者赵某的合法权益。虽然某汽车贸易公司已将车价款退还给赵某，但某汽车贸易公司与赵某之间因买卖假冒伪劣产品产生的索赔权利义务关系并未终结，某汽车贸易公司应当承担赔偿赵某损失的民事责任。

■被告某汽车贸易公司提出，赵某购车发现质量问题要求退货，某汽车贸易公司已同意退车并支付了退车款，双方之间买卖的权利义务已经完成。至于该车是否是伪劣商品，因争议的标的物已转移，赵某无法举证，不应当认定。另外，赵某提出退货后已拿到退车费，但其拒不交出车钥匙及合格证，我方才将车开走。根据代销协议，我方已将车退还给委托方，故我方与赵某之间买卖车辆的权利义务已完成，于是请求法院驳回赵某的诉讼请求。



【律师点评】

本案是因销售假冒伪劣汽车而引起的消费者索赔案件。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当依照《消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。本案涉及举证责任转移和举证责任倒置两种举证原则。消费者赵某已提交了吉普汽车有限公司及其特

约维修点关于汽车合格证系伪造、汽车为假吉普的证明，根据举证责任转移的原则，经营者若要否定上述证据，即应提出相反证据，即争议标的物为吉普的证据。现其举证不能，法院就应认定其所售吉普为假冒品。国家工商行政管理局颁布的《欺诈消费者行为处罚办法》第4条规定，经营者在向消费者提供商品时，有五种情形之一，且不能证明自己确非受骗、误导消费者而实施此种行为的，应当承担欺诈消费者行为的法律责任。上述五种行为包含经营者侵犯他人注册商标权的商品的行为。可以看出，该规定实行的是举证责任的倒置原则。某汽车贸易公司销售的汽车侵犯了吉普汽车有限公司的注册商标权是明显的，根据上述规定，经营者就应举证证明自己售假确非主观上的故意。所谓欺诈行为，是指经营者在提供商品或者服务的过程中，采取虚假或者其他不正当手段欺骗、误导消费者，使消费者的合法权益受到损害的行为。购车发票上只有加盖"某市工商行政管理局汽车交易市场管理专用章"，购车人才能持发票办理汽车牌照。本案中，某汽车贸易公司规避行政监督，出具给消费者未盖"某市工商行政管理局汽车交易市场管理专用章"的发票，为防止暴露，又将与车不符的牌照给消费者使用。现某汽车贸易公司不能举证证明自己无欺诈行为，而其上述行为十分明显地反映了其售假具有主观故意，故某汽车公司应承担欺诈的法律后果。

依据《消费者权益保护法》第44条规定，经营者提供商品，造成消费者财产损害的，应承担赔偿损失等民事责任。这里所说的财产损害指的是消费者的直接损失。对消费者取证、索赔过程中产生的间接损失，该法并无明文规定。但是，该法第2条规定："……本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。"根据《民法通则》第61条关于因无效民事行为使一方所受的损失应由过错方赔偿的规定，经营者对由于自己欺诈行为导致消费者所有的财产损失均应承担民事赔偿责任，因为法律对一方所受的损失未作限制性规定。据此，消费者

对在取证、索赔过程中产生的间接损失有向经营者求偿的权利，经营者则有赔偿的义务。《消费者权益保护法》第44条、《民法通则》第61条规定的赔偿，旨在补偿受害人的实际损失。《消费者权益保护法》第49条加倍赔偿的规定，旨在惩罚有欺诈行为的经营者。两者的立法侧重点不同，并行不悖。执行中不应混同于合同违约责任中经济损失低于违约金即不支付赔偿金的规定。就使得《消费者权益保护法》向经营者倾斜，保护消费者、惩罚打击假冒伪劣行为的立法本意不能充分体现，且显得执法随意性较大。因此，经营者对消费者其他损失的赔偿责任，不因经营者已支付加倍赔偿金而得以免除。在汽车贸易公司退车并支付了退车款后，还应当向赵某给付赔偿金。

15. 游客知假买假，经营者是否承担销售假货的责任？

【案情】

何某于2006年4月24日和5月10日，在某公园门外的某商行购了两幅落款为“悲鸿”的仿冒已故国画大师徐悲鸿作品的假画。商行没有任何告知商品真实情况的举动，并按真画名开了发票。何某起诉至某人民法院，声称自己“知假买假”而打假，要求商行付以增加1倍货款的赔偿费用，同时请求法庭收缴该商行用以欺诈消费者的假画。

【争鸣】

■ 原告何某提出，某商行知假卖假，其行为已构成欺诈，因此应当按照《消费者权益保护法》的有关规定，由商行承担双倍损失赔偿责任。

■ 被告商行提出，本案中的何某知假买假，其并不是《消费者权益保护法》中所说的“为生活消费所需”，所以何某并不是法律意义上的消费者，商行的行为也就没有构成欺诈。所以商行不应当承担双倍赔偿的责任。



【律师点评】

疑假买假、知假买假的购买行为往往会引起社会广泛争议，主要原因是该类购买者的购买主体是否仍是消费者，经营者的行为是否构

成欺诈，进而是否适用《消费者权益保护法》第49条的规定。我们认为消费者疑假买假、知假买假，经营者行为仍然构成欺诈。其理由有三：

第一，经营者是否有欺诈行为，不在于消费者是否知假买假而确定经营者是否存在欺诈行为，只能着眼于经营者行为本身，而不能把消费者对商品是否知情作为附加条件。在适用《消费者权益保护法》审理消费者权益的案件时，人民法院应当认识到《消费者权益保护法》第2条所说的“为生活消费需要”的含义，当时立法是为了与生产、流通等经营行为作区分，执法中不用再作进一步限制性解释。顾客到商店购物就是消费者，至于购买时的动机和目的，不属于私法上的问题，不宜深究；若对购买时的动机目的考察，则交易安全得不到保障。人民法院审理消费者知假买假索赔案件时，首先应规范经营者的行为，而不应苛求消费者，先有卖假，然后才能有买假，不从根本上对卖假行为予以制裁，即一味对消费者予以苛求，不利于对消费者权益的保护。再进一步，我们认为经营者向消费者卖假的行为本身就是一种欺诈行为，不能套用传统民法理论中的故意欺诈的概念去束缚知假买假消费者的打假积极性。消费者因经营者的误导而买假，经营者的卖假行为固然是欺诈行为，消费者就是在知假的前提下买假，经营者的卖假行为仍然是欺诈行为。至于经营者的故意或过失在行为中只能作为行政责任的依据，故意者重罚，过失者轻罚。

第二，消费者买到假货，即表明经营过程中存在有欺诈行为。销售者即使没受到批发商或者生产者的欺诈，也应获得加倍赔偿。我们不能简单片面地把经营者视同销售者。经营者不仅包括流通领域的销售者，也包括生产领域的生产者，应将二者共同看成是经营者，只有对经营者有全面理解，才能准确理解《消费者权益保护法》。假冒伪劣商品只要存在，只能说明在销售者、生产者等经营中有欺诈行为，

即消费者因购买了假冒伪劣商品而利益受到损害，就表明不法经营者的欺诈行为得逞。也就是说，当市场上存在假冒商品时，经营者行为就构成欺诈，只是在没有发生结果时由国家有关部门行使监督权，结果发生时，由消费者和国家有关部门共同行使对经营者的制裁权。消费者在消费过程中购买了假冒伪劣商品，向经营者索赔，是消费者依法保护自身权益的表现，经营者应当依照《消费者权益保护法》规定赔偿。至于销售者是否知假卖假还是不知假售假都应当赔偿消费者。如果退一步说，销售者确实不知商品是假冒伪劣而出售给消费者，也应当先行履行赔偿责任。同时，可以保留对假冒伪劣商品的供应者、制造者的追偿权。法院在执法中如果不去追究制假、售假者的责任，即反过来去追究消费者的购物动机如何，甚至拘泥于个别文字而苛求消费者，显然是不当的。

第三，市场经济消费者至上，贯彻《消费者权益保护》法，保护市场经济的主体——消费者的利益，就是保护社会主义市场经济秩序。我们应当从建立社会主义市场经济这个高度来理解和贯彻《消费者权益保护法》，而不能静止地、孤立地、就事论事地谈论该法中的某一条。因为《消费者权益保护法》不只是保护消费者，同时也是保护合法经营者的，它以正确规范调整市场经济行为关系，促进社会主义市场经济健康发展为立法宗旨，离开此宗旨就会产生分歧。消费者是市场的主体，而且是决定的主体，消费者利益损害的实质是损害市场经济，市场经济是消费者至上的经济，市场经济的最终裁判者是消费者。《消费者权益保护法》第49条的原意应当是要动员广大消费者来同假冒伪劣作斗争，如果不保护买假者的权益，不仅制止不了假冒伪劣，反而会纵容假冒伪劣。《消费者权益保护法》总则第6条提到国家鼓励公民监督。现在所说的疑假买假、知假买假，从最终实质意义上讲应当是公民监督权的体现。若公民的合法权益不能行使，行使得不到司法机关的保障，则这种权益是一张废纸。

总之，不论从消费者，还是从经营者，还是从市场经济的角度来看，消费者疑假买假、知假买假，经营者的行为仍属欺诈行为，适用《消费者权益保护法》第49条的有关规定。本案中，法院应当判令某商行承担双倍损失赔偿责任。

16. 实行“三包”的商品不合格，消费者如何维护自己的权益？

【案情】

2006年8月16日，高某在某家电批发零售中心（以下简称中心）购买了某国有机器厂生产的“长风牌”232B冰箱一台，价格为1895元。试机时发现冷冻室没有挂霜，中心经理认为这是因室外湿度过高所致，并说冰箱是直接从厂家进的货，质量没有问题，还表示1个月内如有质量问题包退包换，高某在得到保证后遂运走了冰箱。8月20日，高某在家里试机，发现冰箱不制冷，同时还发现冰箱上、下门中间有一条边发烫，封条变形，冷冻室有流水现象。高某立即找到该中心经理说明情况，但经中心进行一番修理后，冰箱仍不制冷。高某提出退换要求，但中心经理认为冰箱不是他们生产的，对冰箱的质量问题应找厂家处理，于是拒绝了高某的要求。于是双方争执不下，高某向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告高某提出，消费者在该中心购物，销售者就应当保证商品质量，若商品质量有问题，应当给予退换或赔偿。

■ 被告该中心提出，该中心只销售商品，就质量问题而言，是生产厂家的责任，所以高某应当找厂家寻求赔偿。



【律师点评】

这是一起因经营者违反“三包”义务而引发的纠纷。《清费者权益保护法》第23条规定：“经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。”这就是我们所说的有关“三包”的法律规范。对某些商品实行“三包”的目的有二：一是促使经营者重视商品质量，防止不合格商品进入市场；二是保护消费者的合法权益，使消费者的消费要求得到最大满足和实现。经营者的“三包”义务基于两种情况产生：

1. 按国家规定。国家规定是经营者的法定义务，不论经营者与消费者之间有无约定合同关系，都应当执行。对于哪些商品经营者必须履行法定的“三包”义务，我国的有关行政法规、规章作了规定。1988年5月20日机械电子工业部发布了《全国家用电子产品维修服务管理办法》，1991商业部发布了《家用电器商品维修服务工作管理办法》。这两部规章明确了部分家电的“三包”义务。随着我国消费领域的进一步扩大，1995年8月26日，国家经济贸易委员会、国家技术监督局、国家工商行政管理局和财政部联合发布的《部分商品修理更换退货责任的规定》对法定“三包”商品作了列举式的规定。这些商品主要有自行车、彩电、黑白电视机、家用录像机、家用电冰箱、洗衣机、微波炉、吸尘器、缝纫机、钟表、摩托车等；该规定不免除未列入目录产品的“三包”责任和销售者、生产者向消费者承诺的高于列入目录产品“三包”的责任。

2. 按双方约定。经营者与消费者之间就购买商品或者提供服务事先达成协议的，就应当按照协议约定履行各自的义务，因为这种约定是合同关系，具有法律约束力，任何人不得随意违反，否则，就应

当承担由此产生的违约责任。违约责任是促使当事人履行债务，使守约方免受或少受损失的措施。违约责任是指当事人不履行合同债务而应当承担的法律责任。违约责任既是违约行为的法律后果，同时也是合同效力的表现。在本案中显然当事者之间可约定“三包”义务。在实际生活中，由于“三包”产品涉及经营者、维修者、生产者等，消费者往往在发生争议时被前述主体相互推诿，权益保护难以落到实处。为此，相关法律法规对“三包”的各义务主体的义务都作了明确规定。对于“三包”的责任者，属于法定“三包”商品的实行谁经销谁负责的“三包”原则，销售者与生产者、销售者与供货者、销售者与修理者之间订立的合同，不得免除销售者的“三包”责任。销售者在“三包”中应履行如下义务：不能保证实施“三包”规定的，不得将销售列入“三包”产品目录的产品；保证销售产品的质量；执行进货检查验收制度。不符合法定标志要求的，一律不准销售，产品出售时，应当开箱检验，正确调试，介绍使用维护事项，“三包”方式及修理单位，提供有效发票和“三包”凭证。对于修理者而言，其应当做到：承担修理服务业务，维护销售者、生产者的信誉，不得使用与产品技术要求不符的元器件和零配件，认真记录故障及修理后产品质量状况，保证修理后的产品能够正常使用30日以上，保证修理费用和修理配件全都作用于修理并同时接受销售者、生产者的监督和检查，承担自身修理失误造成的责任和损失，对消费者因产品修理质量的查询应予回答。对于生产者而言，其义务为：明确“三包”方式，生产者自行设置或者指定修理单位的，必须随产品向消费者提供“三包”凭证和修理单位的名称、地址、联系电话等，向负责修理的销售者、修理者提供修理技术资料、合格的修理配件，以保证消费者购买的产品能及时修理，对消费者直接或间接的查询应妥善处理，并提供服务。

“三包”产品或服务有了问题以后，消费者该如何维护自己的权

益呢？根据相关法律法规，一般认为有如下方法：(1) 产品自售出之日起7日内，发生性能故障，消费者可以选择退货、换货或者修理。退货时，销售者应当按发票价格一次退清货款，然后依法向生产者、供货者追偿或者按购销合同办理。(2) 产品自售出之日起15日内，发生性能故障，消费者可选择换货或者修理。换货时，销售者应当免费为消费者掉换同型号同规格的产品，然后依法向生产者、供货者追偿或者按购销合同办理。(3) 在“三包”有效期内，修理两次仍不能正常使用的产品，凭修理者提供的修理记录和证明，由销售者负责为消费者免费掉换同型号同规格的产品或者按有关规定退货，然后依法向生产者、供货者追偿或者按购销合同办理。(4) 在“三包”有效期内，因生产者未供应零配件，自进修之日起超过90日未修好的，修理者应当在修理状况中注明，销售者凭此据免费为消费者掉换同型号同规格产品，然后依法向生产者、供货者追偿或者按购销合同办理。因修理者自身原因使修理期超过30日的，由其免费为消费者掉换同型号同规格产品，费用由修理者承担。(5) 在“三包”有效期内，符合换货条件的，销售者若无同型号同规格产品，消费者不愿掉换其他型号、规格产品而要求退货的，销售者应当予以退货；有同型号同规格产品，消费者不愿掉换而要求退货的，销售者应当予以退货，对已使用过的商品按规定收取折旧费。折旧费计算自开具发票之日起至退货之日止。其中应当扣除修理占用和维修的时间。(6) 换货时，凡属残次产品、不合格产品或者修理过的产品均不得提供给消费者。换货后的“三包”有效期自换货之日起重新计算。由销售者在发票背面加盖更换章并提供新的“三包”凭证或者在“三包”凭证背面加盖更换章。(7) 在“三包”有效期内，除因消费者使用保管不当致使产品不能正常使用外，由修理者免费修理（包括材料费和工时费)。对应当进行“三包”的大件产品，修理者应当提供合理的运输费用，而后依法向生产者或者销售者追偿，或者按合同办理。

在本案中，家用电冰箱属于法定“三包”义务的客体，且在买卖中销售者保证在一个月内予以更换。因而，消费者高某完全有理由要求退换，因为没有过退换期，销售者也不能因产品质量要求高某直接找生产厂家，因为我国法律规定了违反法定“三包”义务的责任主体是销售者。因此，无论从哪方面分析，本案的某中心都应当承担违反“三包”义务的责任。

17. 商品铭牌内容与实际不符，销售者未向消费者讲明，该承担什么责任？

【案情】

2006年9月1日，蒋某在某市诚发摩托车商行，以5280元的价格购买了一辆轻骑牌QM100型摩托车，准备到南京环城旅游。购车未满2个月，摩托车的避震器、气缸、开关总承等主要部件相继发生了故障。由于仍属于“三包”期内，蒋某要求商家维修，但遭遇冷落和怠慢，因此其多次请人将已坏的零件拆下来，并邮寄到厂家更换。经咨询，该车的发动机气缸的实际排气量最多只达到90CC，而不是牌号QM100表明的100CC，也不是说明书标明的92CC，同时汽油机上的铭牌根本看不清，字号也被打磨掉。因此，蒋某认为厂家或商家，在未卖前有意把铭牌打磨掉，使其受误导。于是蒋某与厂家和商家交涉。商家认为：车子机身标注型号和实际不相符，他们事先也不知道，因为在进货时，车子外形和说明书是一致的，都标明发动机为QMl00，而不是QM90，问题出在厂家，与其无关。厂家的回答是：QMl00型虽采用的是QM90型发动机，但其按QM90售价出售的，厂家不承担责任。于是，蒋某以该摩托车商行为被告，到人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告蒋某提出，某商行出售摩托车，其发动机实际排气量不符合国家标准，某商行有欺诈行为，所以应当赔偿双倍损失。

■被告某商行提出，蒋某自愿购车，且由厂家生产，有国家批准的生产文件，商行不存在误导、欺诈消费者的行为，所以不应当赔偿双倍损失。



【律师点评】

《消费者权益保护法》第40条规定："经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：……（二）不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明……"因此，本案中的某商行不论其是过失或是故意，都违反了该条规定，因而应当承担赔偿损失的责任。同时，该法第44条也作出了规定："经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按着消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还贷款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。"本案某商行提供的商品不合格，造成了蒋某修理费用、车辆进户费用、鉴定费用等损失，某商行应当承担这些财产的损失。

本案中问题的关键在于，商行是否知道或应当知道该车有质量问题，及是否构成欺诈。从构成欺诈行为的要件来看，必须满足以下三个条件：其一，一方有欺诈的故意。其二，一方欺诈的目的是使对方实施民事法律行为。其三，对方当事人因受欺诈才作出错误的意思表示。本案中，某商行行为构成欺诈。因为在消费权益纠纷案件中，消费者总是处于弱者的地位，其无论在资金方面，抑或在相关的专业技术知识上，相对于经营者来说总是处于劣等地位，正是基于此，《消费者权益保护法》才将消费者与经营者视为实质上处于不平等地位，

将普通的消费合同从一般的合同法中独立出来，单独加以调整。因此，法院在审理此案件时，有必要以此为出发点。若认同了这一点，消费领域中的欺诈较传统民法理论上欺诈，在其构成标准上，应当适当放宽，即不仅故意构成欺诈，重大过失也应认为是欺诈。《产品质量法》第33条规定："销售者应当建立并执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识。"这是销售者的法定义务。本案某商行销售的摩托车的铭牌上字样被磨掉，抛开某商行的故意不谈，其作为经营者，有按法律规定的要求在进货时加以验证的义务，否则视为重大过失。因为摩托车的性能型号是较专业的内容，在一般情况下消费者比经营者知道的要少，让其提出证明难度可想而知。

当今举证制度中的变化值得借鉴。在专业领域内，若地位优势者不能证明其无过错，就应推定为有过错，承担相应过错责任。本案某商场只有证明其无法验证出铭牌内容与实际不符才能减轻自己的赔偿义务，否则应认定有重大过失。作为经营摩托车的商行，验铭牌的能力是不容置疑的。因此，无论从哪方面而言，本案都有欺诈嫌疑，应承担《消费者权益保护法》第49条所规定的责任。某商行如果不承担产品不合格的责任而应由厂家承担，对消费者而言是毫无证据法上的对抗效力的，因为法律明文规定消费者在权益受侵害时，可从经营者和生产者中任选其一作为求偿的对象。对于某商行而言，若要维持好商誉，应该首先赔偿消费者的损失，再向生产厂家索赔。

18. 报纸实际版面少于标称数量，买报者能否得到双倍赔偿？

【案情】

2007年5月17日，汪某到某公园旅游，在公园入口处花1元钱买了一份某市场时报，该报封面标称为48版字样。汪某阅读后，发现整份报纸加上封面、封底一共只有44版，与封面及其重要启事内所标称的48版相差4版，同时该报纸并未作任何说明。于是，汪某到人民法院起诉，要求市场时报双倍赔偿汪某的损失。

【争鸣】

■ 原告汪某提出，某市场时报的行为欺骗了消费者，应双倍返还其损失，即赔偿汪某2元。报纸属于精神性消费，不同于一般的物质消费，物质数量不够可以补足，而报纸一旦出版发行，版数不够是无法补足的。所以某市场时报应对此承担一定的精神损害赔偿。

■ 被告市场时报提出，由于时间、生产技术等各方面原因，导致该报出现44版（除此之外还有3期为44版），且该报版面有44、48、52版三种形式，其成本价格大大高出该报的售价，这明显是善意的瑕疵，不属欺诈行为，不应加倍赔偿。



【律师点评】

这是一件因文化消费引起的诉讼标的额为2元的侵权案。标的是合同义务的指向对象。本案中，标的额虽小，但因问题比较新奇，其中的许多法律问题值得我们深思。首先，分析一下该案中某市场时报报社符不符合经营者的概念的内涵与外延。《消费者权益保护法》没有直接给经营者以明确的定义，一般认为，经营者是指向消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的公民、法人或其他经济组织，它是以营利为目的的从事生产经营劳动并与消费者相对应的另一方当事人。其具有三个基本特征：第一，经营者包括生产者、销售者和服务者。经营者的经营活动，不单指商品销售，也包括商品的生产和有偿服务活动，这是市场经济条件下经营的基本含义。第二，经营者是与消费者相对应的另一方当事人。经营者是相对消费者而言的，由于他们向消费者提供了商品或服务，才使消费者的消费需求得以满足。向消费者提供商品或服务包括直接提供和间接提供。按照我国有关法律、法规的规定，经营者应当是依法登记注册的从事生产经营活动的单位和个人。但在实践中，向消费者提供商品或服务的单位和个人也存在未登记注册的，这其中有依法不需登记注册的；如医院及进入集贸市场销售农副产品的农民等，这些单位和个人在向消费者提供商品或服务时，处于与消费者对应的另一方当事人的地位，属于《消费者权益保护法》上的经营者。第三，经营者提供商品或服务以营利为目的；以营利为目的，是指在经营者的行为上体现为向消费者提供的商品和服务是有偿的。如果以非有偿方式提供商品和服务则这样的单位和个人不是经营者。这里的营利并非指在经营上一定有盈余，只要是有偿提供商品和服务，不论其结果是否赢利，都视为以营利为目的的经营活动。本案中，某市场时报社提供了市场时报这一商品，并

且是有偿的，其价格为人民币1元，应认定是以营利为目的，虽然其辩称销售价远远低于其成本价。

其次，本案某市场时报作为经营者，其违反的义务又是什么呢？经营者的义务分为法定义务和约定义务。《消费者权益保护法》第16条第1款规定："经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。"这款的义务即为法定义务。所谓法定义务，是指由国家立法机关或者权力机关，根据法定程序制定和颁布实行的法律、法规中明文规定经营者所必须履行的某种"责任"，即必须为或者不为某一行为的规定。同时法律也规定了约定义务，但本案中无约定义务。《消费者权益保护法》第40条第1款规定："经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：……（六）销售的商品数量不足的……"报纸版面不足虽然在形式上为数量不足，但其与一般的商品数量不足有本质上的区别，一般商品数量不足，可以补足，也可以减少价款。但报纸属于时间性很强的文化产品，若属于日报，则其消息过后价值明显减少。正因如此，汪某认为补足数量版面没有实质意义是有一定道理的。可以说，这应当是《消费者权益保护法》的一个法律漏洞，有待于法律专家和实务工作者进一步探讨，以求在修改法律时得以完善。

最后，汪某要求双倍赔偿能否成立，也即能否适用《消费者权益保护法》第49条的规定。该条规定，经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的1倍。这是一种惩罚性赔偿的规定，是法律强制规定经营者赔偿义务的限额，该条款对促进经营者依法经营，保护消费者的权利有其重要意义。其适用的条件为：经营者提供商品或者服务有欺诈行为。所谓欺诈，是指

一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的。若某市场时报明知其报纸版面不足而不告知消费者，应为欺诈；若由于过失在编审时没有尽应有的注意而未发现，应属于重大过失，不得认定为欺诈。本案中，该报社有理由知道报纸版面不足，是明知而故意不告知的行为，是欺诈，适用《消费者权益保护法》第 40 条的规定。该案标的额虽小，法律问题也不仅是上面所分析的，诸如诉讼的必要性、成本适宜等也值得我们思考。可以肯定的是，消费者提起诉讼，说明权利意识的加强，对于法制建设来说是值得称赞和学习的。

生活服务纠纷



19. 供暖不达标引起纠纷的，举证责任如何承担？

【案情】

施某原为某单位职工，享受免费供暖的待遇。后来，施某离开了单位，遂与单位就供暖达成协议。协议约定，单位按照供暖标准供暖，施某交付供暖费若干。2006年，由于单位供暖有的时候达不到政府规定的标准，经双方协商，减收部分供暖费。2007年，单位的供暖还是与往年一样，时好时坏，施某遂拒绝交付供暖费。2007年供暖期过了以后，单位将施某诉至法院，要求其按照合同约定支付供暖费。在庭审中，由于双方皆未保留2006年供暖期内施某家中的温度情况，对供暖是否达到标准应由谁举证产生争议。

【争鸣】

■ 原告某单位提出，既然施某并未否认单位已经供暖，故认为其已按协议履行了供暖义务。现在施某主张单位供暖不符合约定，应对供暖达不到既定的温度拿出证据加以证明，故供暖是否达到标准的举证责任应由施某承担。

■ 被告施某提出，按照施某当初与单位达成的协议，单位应按照政府规定的供暖标准供暖，这包括提供暖气和供暖温度达到标准两个方面，只有这样才算适当履行了合同约定的供暖义务。因此，单位主张已经履行了供暖义务，应由其对供暖和达到温度两个主张负举证责任。



【律师点评】

根据《民事诉讼法》的“谁主张谁举证”原则，在民事诉讼中，提出主张的一方当事人应当举证证明自己的主张，否则将承担举证不能甚至败诉的后果。那么，在本案中，对供暖是否达到标准的举证责任究竟应由谁承担呢？

本案中，双方当事人签订的供暖协议属于合同法中规定的供用电、水、气、热力合同中的供用热力合同，依《合同法》第184条的规定，供用水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。同时，依《合同法》第177条的规定，供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。据此，当事人在供暖合同中应对供暖的方式、质量、时间等作出约定。可见，供暖人依约履行供暖合同包括按照约定的方式、质量和时间等提供供暖服务，否则应负违约责任。故对施某“单位所称履行供暖义务应包括提供暖气和供暖达到约定标准”的主张，应予支持。

然而，在单位按照协议供暖的时候，施某作为用暖人，负有接受履行的协助义务。对于单位供暖不符合合同约定的，应在一定期间内提出异议，并保留证据材料以证明供暖尚未达到约定温度的事实。对于温度测量，用暖人既可以与供暖人协商，由供暖人测量供暖期间室内温度，也可以自行委托测量单位进行测量，并予以公证，以保留证据材料。若供暖确实未达到约定标准，则该项费用支出，系供暖人未按照合同约定履行合同而给用暖人造成的损失，应由供暖人承担赔偿责任。用暖人未在供暖期间提出异议或保留相应证据材料，应认为供暖人已经按照合同约定履行供暖义务，用暖人不得在供暖期结束后再主张供暖人供暖未达到约定的质量。

由于供暖合同乃是供暖人向用暖人供暖，用暖人支付供暖费的协议，是货币与供暖服务的交易，基于买卖合同所具有交易合同的典型性，供暖协议可以与买卖合同作一类比。《合同法》第157条规定："买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。"第158条第1款规定："当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。"这里的通知，应包括检验后标的物不符合约定标准的证据材料，否则，无以说明标的物质量不符合合同约定。对于用暖人的接受履行的义务而言，用暖人欲主张供暖人供暖不符合约定标准，亦应在一定期间内提交相应的证据材料予以证明，否则，应视为供暖人的供暖符合约定。本案中，在供暖期结束后，施某若未能举证证明单位供暖不符合约定质量标准，应负举证不能的责任。

20. 供暖温度不符合约定的，能否拒付全部费用？

【案情】

谢某是某小区居民。小区实行统一供暖，按照该小区供暖协议的规定，供暖温度需要达到政府规定的25度以上。2007年冬，小区供暖开始后，谢某发现温度低于25度，遂多次找到物业管理公司商谈，但始终未见改善。谢某拒绝缴纳全部供暖费用。物业管理公司遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告物业管理公司提出，虽然存在最低供暖温度的规定，但供暖人供暖了，用暖人就应支付相应的供暖费用，而无权拒绝支付全部供暖费用。

■ 被告谢某提出，既然政府对供暖规定了最低温度标准，因此，未达到该标准的供暖均为不合格的供暖，用暖人有权拒绝支付全部供暖费用。



【律师点评】

在本案中，当事人双方所签订供暖协议属于合同法上供用热力合同。用暖人欲主张拒绝支付全部供暖费，其应具有法定理由，如合同撤销权、合同解除权、合同抗辩权等。本案不存在撤销合同的情形（欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平或重大误解），那是否存在合同

解除权呢？合同解除权分为法定解除权与约定解除权。因当事人并未在合同中约定，若供暖人供暖不合格，则用暖人可解除合同，故不存在合同约定解除权。

依《合同法》第94条的规定，下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。本案中，需要讨论的是，供暖人供暖不符合合同约定是否致使不能实现合同目的。在供暖协议中，当事人订立合同的目的在于获得暖气以抵御寒冷，对于抵御寒冷的程度或许有别，但只要供暖人提供了暖气，即可部分实现合同目的，而不能谓为根本无法实现合同目的，故除非供暖一点不起作用，不能称为不能实现合同目的而主张解除合同。

既然用暖人不存在法定解除权，那是否存在合同抗辩权呢？依《合同法》第67条的规定，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。依此规定，在双务合同中，先履行一方当事人履行义务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。在供暖协议中，由供暖人先履行供暖义务，若履行义务不符合合同约定，如供暖未达到约定温度等，则用暖人有权拒绝供暖人相应的履行要求。此即用暖人享有的抗辩权，但该抗辩权并不支持用暖人拒绝支付全部供暖费用，而仅支持其对供暖人供暖不合格部分的供暖费用的请求权提出抗辩。

虽然政府对供暖温度有最低标准的要求，但该规定乃是行政性法规，其目的在于保障居民的基本生活要求，对于未达到该要求的供暖单位，应负行政责任。但基于供暖合同基本上属于私法合同，其内容

应依私法予以规范，故供暖合同当事人的权利义务仍应依《合同法》规定加以调整。换言之，供暖单位物业管理公司行政责任的承担不影响其民事责任的承担，也不损害其私法利益，故对于供暖不足的单位，从行政角度可以依据行政法规予以处罚，其目的在于维护居民基本生活保障的公共利益；从民事角度，则应依其供暖程度如何作为其收费的标准，以实现民事权利义务的公平配置。在本案中，物业管理公司已经供暖，尽管未达到政府规定的温度，但是谢某应当按照供暖的程度向物业管理公司支付相应的供暖费用，而无权拒绝支付全部供暖费用。

21. 列车因客观原因晚点到站，铁路局应否向旅客承担责任？

【案情】

2007年3月1日，戚某持一张硬座普通快车车票到某风景区旅游。该列车正点发车，但行至A站停车后，时值B站（A站的前方站）及相邻区间铁路信号施工，影响该区段列车通过能力，致使戚某乘坐的列车运行时刻被占用，故未准时开车。该列车在A站停留约20分钟后，列车长向A站行车室了解行车情况，得知前方车站及相邻区间铁路信号施工，影响列车正点运行，遂通过列车广播向旅客通报了上述情况，并应六十余名旅客的要求，安排他们改乘能够到达相同目的站的其他列车先行。当时，戚某向列车长提出用汽车安排其去某风景区的要求，未得到列车长的同意。戚某乘坐的列车在A站滞留约2小时后恢复运行。戚某继续乘坐该列车到达目的站，该列车到达目的站时，比列车时刻表载明的时间晚点2小时零8分钟。于是戚某就此问题上诉到法院，要求该列车所属的某铁路局向戚某赔礼道歉，并赔偿一定的经济损失。

【争鸣】

■ 原告戚某提出，自己乘某铁路局所属的列车去某风景区旅游，该列车晚点2小时零8分钟，某铁路局构成违约，铁路局工作人员应该在法律意义上向戚某赔礼道歉，并赔偿一定的经济损失。

■ 被告铁路局提出，铁路局所属的该列车晚点是事实，对此只

能向戚某表示道义上的致歉，因为该列车晚点是铁路施工影响所致，且列车晚点后铁路局已采取了积极妥善的补救措施。戚某要求铁路局承担公开赔礼道歉和赔偿经济损失的请求，不符合法律规定。



【律师点评】

本案涉及的焦点问题是列车因客观原因晚点到站，铁路局应否向旅客承担责任。戚某购买车票乘坐铁路局所属的列车是双方建立的一种旅客运输合同关系，双方订立的合同合法、有效，承运人和旅客均应按照合同约定和法律、法规的规定履行合同义务。铁路局因施工等原因导致列车晚点，构成迟延运输，戚某可依法在退票或改乘到达相同目的站的其他列车两项中加以选择，要求铁路局承担民事责任。但戚某未在上述两项中作出选择，而继续乘坐原列车到达目的站，其行为已表明放弃要求铁路局承担迟延运输的上述两项法定民事责任的权利。铁路局事后已作出了适当的善后补救措施，且已当庭向戚某作出道义上的致歉，戚某要求铁路局作出法律意义上的赔礼道歉的诉讼请求，因双方事先并未作出特别约定，且超出《铁路法》第 12 条规定的因迟延运输承运人应承担民事责任的限度，其诉讼请求于法无据，不予支持。《铁路法》第 12 条规定："铁路运输企业应当保证旅客按车票载明的日期、车次乘车，并到达目的站。因铁路运输企业的责任造成旅客不能按车票载明的日期、车次乘车的，铁路运输企业应当按照旅客的要求，退还全部票款或者安排改乘到达相同目的站的其他列车。"可见，该条没有规定对列车晚点如何处置，正是由于《铁路法》"正点条款"的立法缺陷，造成该类案件法律适用上存在许多值得思考的问题。

《铁路法》第 12 条虽然没有规定铁路运输企业违反正点条款的

责任，但是，铁路企业应当正点运送旅客却是一项不争的义务。《合同法》第290条规定：“承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点。”这同样规定了承运人正点运输的义务，《民法通则》第106条第1款规定：“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。”第111条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方……并有权要求赔偿损失。”《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担违约责任……”旅客戚某持有有效票证件，这就与承运人之间达成了旅客运输合同关系，那么，承运人就应当全面而又适当地履行其义务，否则，就应承担违约责任。这一点并不因为《铁路法》没有明确规定而改变。从法律适用上看，虽然根据特别法优先于普通法的原则，在铁路旅客运输合同的法律适用上，优先使用铁路法律、法规，但是这只是针对《铁路法》有不同规定而言的。如果铁路法没有规定而造成法律漏洞，则应当适用《民法通则》、《合同法》等普通法，以正确保护当事人的合法权益。因此，因铁路本身原因造成旅客列车晚点的，铁路运输企业应当承担违约责任。

那么，因铁路一方的责任造成旅客列车晚点，铁路运输企业应当承担何种违约责任呢？根据《合同法》第107条的规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。继续履行又叫强制实际履行，指在一方当事人违反合同义务时，另一方当事人请求法院强制违约方继续履行合同债务的责任形式。赔偿损失是指违约方根据合同的约定或者法律的规定承担的赔偿对方当事人所受损失的责任。就运输合同而言，《合同法》第299条把承运人的晚点运输的违约责任具体规定为“承运人迟延运输的，应当根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票”。以此规定看，由于承运人责任造成旅客列车晚点

的，承运人的违约责任形式是安排改乘其他班次或者退票。

综上所述，戚某因承运人责任造成旅客列车晚点而状告承运人，要求承运人承担损失，是有法律依据的，但是戚某要求承运人在法律意义上的赔礼道歉，由于缺少法律支持，因此应当依法驳回。当事人也应从中吸取教训，在主张自己的权利要求违约方承担违约责任时，一定要有切实的法律依据。

22. 无法退票，谁应当承担责任？

【案情】

旅客曹某2011年3月3日在某火车站购买了一张甲地至乙地的火车票，票价110元，开车时间2011年3月5日14：22分，并注明“在三日内到有效”。曹某因家中有急事不能成行，于3月5日14：30到某火车站退票，火车站工作人员以“车已开走”为由拒不退票。后曹某对该车票重新进行了签证，并再次向火车站提出了退票要求，火车站对改签过的车票再次拒绝退票。于是曹某以某火车站的上级法人单位某铁路局为被告向法院提起诉讼，要求某铁路局返还票款110元，赔偿经济损失200元。

某铁路局称，曹某在2011年3月5日14：22分后提出改签车票的请求，由于是对运输合同内容的部分变更，且在有效期内提出，承运人自然予以同意。而曹某对改签后的车票提出退票，是对变更后的运输合同的解除，由于曹某没有在双方所约定的时间内提出，曹某已丧失了解除权，承运人有权拒退。

【争鸣】

■原告曹某提出，按照《铁路法》等相关法律规定，拿着改签以后的车票在铁路规定的时间内退票，承运人应该给予办理。

■被告某铁路局提出，旅客购买车票，就是与承运人某铁路局形成了运输合同关系，合同变更应经双方同意。既然曹某已超过退票时间，曹某即使改签车票，这张票仍不符合退票条件。且车票是有限

资源，车开以后退票，已给承运人造成实际损失，承运人有权拒退。



【律师点评】

本案反映出来的问题是在无法退票的情况下，谁应当承担责任。在本案中，首先，曹某与铁路运输企业之间签订的铁路旅客运输合同依法成立并发生法律效力。《合同法》第293条规定："客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。"本案中作为承运人的铁路运输企业将车票交付给曹某之时，即与承运人成立了铁路旅客运输合同关系。《合同法》第44条规定："依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。"《合同法》第45条规定："当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。"在本案中，曹某与铁路运输企业之间签订的铁路旅客运输合同中未约定该合同的生效条件，因此本案中的铁路旅客运输合同自承运人向旅客交付客票时成立并发生法律效力。

其次，铁路运输企业对曹某的车票予以改签是双方真实意思表示，其性质属于对运输合同的变更。铁路旅客运输合同的变更按照《铁路旅客运输规程》的规定："旅客不能按票面指定的日期、车次乘车时，应当在票面指定的日期、车次开车前办理一次提前或推迟乘车签证手续，特殊情况经站长同意可在开车后2小时内办理。持动车组列车车票的旅客改乘当日其他动车组列车时不受开车后2小时内限制。团体旅客不应晚于开车前48小时。（第34条第1款）"《合同法》第77条规定："当事人协商一致，可以变更合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规

定。”本案中曹某与铁路运输企业之间签订的铁路旅客运输合同经双方协商一致，现行的法律、行政法规也未规定铁路旅客运输合同应当办理批准、登记手续，因此铁路运输企业对曹某的车票予以改签系合同的变更且属有效变更，应受法律保护。

再次，曹某要求铁路运输企业退票，这一行为的法律性质是主张解除铁路旅客运输合同。铁路旅客运输合同的解除是指在铁路旅客运输合同成立以后，没有履行或者没有完全履行完毕之前，当事人双方通过协议或者单方行使解除权的方式，使合同关系提前消灭。《铁路旅客运输规程》第48条第1款第2项规定：“旅客要求退票时，按下列规定办理，核收退票费：……2. 在发站开车前，特殊情况也可在开车后2小时内，退还全部票价。团体旅客必须在开车48小时以前办理。”该退票规定是铁路运输企业在铁路旅客运输合同依法成立并生效后向铁路旅客发出的解除合同的要约，由于该规定已经在铁路运输企业的车站售票大厅明确予以公示且广为人知，曹某在购买车票时对该规定已经明知也明确予以接受，因此其法律实质就是在曹某与铁路运输企业之间约定了曹某解除合同的条件。从该规定的内容来看，这条规定应属格式条款。所谓格式条款是指当事人为了重复使用而预先拟定并在订立合同时未与对方协商的条款。由于格式条款与一般合同条款有着诸多不同，如格式条款的事先确定性和不可变更性、格式条款承诺的无奈性等，因而在解释格式条款时，除应遵循《合同法》第125条规定的合同解释的一般规则外，还要遵循《合同法》第41条规定的特殊规则，即“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款”。

本案中，曹某手持经铁路运输部门改签过后的车票，在发站开车前，行使自己解除合同的权利，铁路运输部门则认为改签过后的车票

不能适用该退票条件，很显然双方就该格式条款的理解发生争议。这样在该条款解释的问题上就出现了同一个问题或条款有着不同解释的情况。依据《合同法》第41条的解释原则，应当作出不利于铁路运输部门一方的解释。铁路旅客属于消费者，从保护消费者权益这个角度讲该规定也是赋予铁路旅客解除合同的权利。铁路运输企业对曹某的车票予以改签时，铁路运输企业并未明确向曹某作出撤销该要约的意思表示，曹某与铁路运输企业之间签订的铁路旅客运输合同经过依法变更后，曹某与铁路运输企业之间约定的曹某解除合同的条件并没有发生变更，因此该要约对铁路运输企业仍然具有约束力，由于曹某手持改签后的车票要求铁路运输企业退票是在发站开车前，符合退票的规定，因此曹某在履行了解除合同的通知义务后，曹某与铁路运输企业之间签订的铁路旅客运输合同自该通知到达铁路运输企业时解除，但曹某应该按照该退票规定交纳必要的退票费。

23. 火车站卖票，必须要“搭售”人身保险吗?

【案情】

2007年12月28日，邓某在火车站买票时，售票员要求买车票必须买人身保险，否则不卖车票。邓某要求售票员作出解释。售票员说，这是车站的规定，为了旅客好，买车票必须买人身保险，否则不卖车票，而且其他旅客也都买了人身保险，有意见可以找站长反映。邓某见时间较充裕，就找车站站长反映情况，结果站长不在，其他领导又相互推诿。邓某无奈，只得买了人身保险以便能乘当天的火车及时赶回家。之后，邓某要求车站公开赔礼道歉，并赔偿邓某因此而受到的损失，遭到拒绝后向法院起诉。

【争鸣】

■ 原告邓某提出，是否买人身保险应当凭消费者的自愿，车站没有权利要求旅客必须购买，这是邓某作为消费者的个人自由，所以火车站这种强制交易行为侵犯了消费者的合法权益，应当赔礼道歉并承担赔偿责任。

■ 被告火车站提出，火车站强制旅客买人身保险，目的是为了旅客，所以拒绝赔礼道歉，更不会赔偿邓某因此而受到的损失。



【律师点评】

本案涉及消费者的公平交易权问题。我国《消费者权益保护法》

第4条规定："经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。"本案中，火车站作为提供运输服务的当事人，虽然自身经济实力比较强大，控制着铁路客运，但与作为弱者的旅客个人处于平等的地位。因此双方进行交易时，也必须遵循自愿原则。火车站不应违反旅客个人意愿，为其提供他们不满意接受的服务。对此，《消费者权益保护法》第9条作出了较为明确具体的规定："消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一项商品、接受或者不接受任何一项服务。消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。"购买人身保险并不是旅客乘车应该接受的必要的服务，故而旅客有权进行选择，完全按照自己的意愿决定是否接受这一服务，任何人包括火车站在内都不可以无视旅客的合法权益，强制旅客接受这种服务。《消费者权益保护法》第10条明确规定："消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量准确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。"火车站要求旅客购买车票必须购买人身保险显然属于强制交易行为，旅客当然有权拒绝火车站的不合理要求。由此可见，火车站这种强制交易行为侵犯了旅客的合法权益。虽然旅客购买人身保险可能真的对他们有好处，但火车站的做法依然是违法的，应当依照法律的规定承担责任。

本案中，邓某要求火车站公开赔礼道歉应当予以支持。我国《民法通则》第134条规定，赔礼道歉是承担民事责任的方式之一，民事责任是指民事主体违反合同义务或法定民事义务而应承担的法律后果。承担民事责任的方式，是指依法应负民事责任的行为人承担民事责任的具体形式。火车站的做法的确伤害了旅客的感情，应当承担赔礼道歉的民事责任。当然，邓某还可以要求赔偿损失。《消费者权

益保护法》第44条规定："经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任……"火车站强制旅客购买人身保险支付的费用就是旅客的财产损失，旅客当然有权要求赔偿。

此外，法院应建议工商局对火车站的做法进行行政处分，责令其停止这种不合理做法。《消费者权益保护法》第50条规定："……法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，没有违法所得的，处以1万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，吊销营业执照……"关于非法强制交易行为承担的行政责任法律未作具体规定，因此应该按上述条文处理，责令火车站停止其错误做法，并视其情节轻重给予行政处罚。

24. 火车晚点致卧铺票作废，车站应怎样承担赔偿责任？

【案情】

2006年1月30日晚21时，秦某持一张当晚22：43发车的某次列车卧铺票，来到某城市火车站候车大厅。大约21：40时，显示屏上打出“某次列车晚点，大约至23：30”，以后又连续打出几次。直至31日凌晨2：40左右，广播通知“某次列车继续晚点，请乘某次列车的旅客改乘202次”。当秦某找到大厅负责人询问时，得知某次列车过不来，202次已发车。秦某又通过值班人员找到刚好路过某城市的196次列车长协商，改乘196次；上车时，列车长提出票未检，值班人员找来检票员，当着列车长的面检了票。火车开动后，列车长又以某次列车卧铺票被检过为由，宣布秦某的卧铺票作废，并要求其重新补票。无奈之下，秦某又补了一张卧铺票。秦某到达目的站后，才了解到某次列车早196次几十分钟到达某城市，候车大厅负责人没有报站，这是在欺骗旅客。2006年3月15日，秦某诉至法院，要求该车站给予经济及精神赔偿。

法院在调查核实中了解到，某城市火车站当晚接铁路客运调度通知，由于前面几站旅客超员，为了抢点，要求某城市火车站某次列车不要放客。所以，某次列车经过该站时没有报站，并不是工作人员失误而漏报。

【争鸣】

■原告秦某提出，某次列车到站而该站工作人员不报站，系工作人员的违约行为。因为旅客买了车票就与该站形成了合同关系，所以铁路工作人员不但要退还秦某次列车车票和手续费，而且应当承担违约责任而赔偿损失。

■被告车站提出，该站曾接到客运调度通知，因为前面几站旅客超员，因而某次列车不能在该站停下，所以车站才没有报站。这不是工作人员的失误而漏报，故车站不应当承担民事责任。



【律师点评】

在本案中，某次列车晚点，本已是铁路企业方面违约，然而列车晚点进站后又不报站，致使秦某未能搭乘该次列车。在这种情况下，铁路企业有义务按旅客要求退票或安排改乘。退票时不得收取手续费，改乘时只须补收或退还票价差额款即可。但本案中秦某在改乘时，却被宣布原车票作废，不得不全价购买新车票。而且本案中铁路企业职工工作态度恶劣，严重违反规定，造成秦某直接经济损失，铁路企业理应返还原票款。

运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。铁路旅客运输合同是《合同法》规定的客运合同的一种，承运人的基本权利义务也与其他客运承运人相同。按照《铁路法》第10条规定，铁路企业应当保证旅客和货物运输的安全，做到列车正点到达。如果铁路企业未尽及时正点运达的义务，应采取什么补救措施呢？《铁路法》第12条规定："铁路企业应当保证旅客按车票载明的日期、车次乘车，

并到达目的站。因铁路企业的责任造成旅客不能按车票载明的日期、车次乘车的，铁路企业应当按照旅客的要求，退还全部票款或者安排改乘到达相同目的站的其他列车。”我们知道，承运人的主要义务是按照约定的或者通常的运输路线在约定期间或者合理期间内将旅客及其行李安全运送到目的地，主要有以下几种：(1) 重要事项的告知义务。(2) 按照客票运输的义务。(3) 按照约定的运输工具运输的义务。(4) 尽力救助旅客的义务。(5) 保证旅客人身安全的义务。(6) 保证旅客行李安全的义务。

在本案中，首先，铁路企业应以上门道歉、退还票款的形式承担责任。其次，根据有关法律规定，秦某作为消费者，有取得双倍赔偿的权利。某次列车晚点到达某城市火车站，某城市火车站本应及时报站，却广播“某次列车继续晚点，请乘某次列车的旅客改乘 202 次”。某城市火车站声称这“并不是工作人员失误而漏报”，而是为了抢点故不放客。在民事活动中，一方当事人故意以不真实情况为意思表示，使对方陷于认识错误，从而达到发生、变更、消灭一定民事法律关系的目的，这种行为就是民事欺诈行为。虽然某车站自称动机是好的，但对于在寒夜中等待晚点列车长达 4 个小时的旅客来说，某车站明知某次列车已到站却故意不报，这属于典型的民事欺诈行为。另外，196 次列车长先要求秦某检票，然后宣布已检过的票作废，这也是明显的欺诈行为。《消费者权益保护法》第 49 条规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”本案中秦某有权要求某车站加倍赔偿，赔偿金额为秦某所购票价款的一倍。

25. 高价收取车费的，应否返还？

【案情】

2007年春节，在外地工作的章某大年三十早晨乘火车风尘仆仆地往家赶。下火车时已近黄昏，苦等了半个小时也没等到回家的长途汽车，一打听才知道，本地的长途汽车属个体经营，大年三十下午就已经停运了。无奈，章某只能乘出租车回家。但由于人们都回家过年，路上的出租车也是少而又少。好不容易等到了一辆，司机一听说路程有40公里，立即表示可以送，但章某必须出400块钱车费，这比平时的车费高出了十余倍。章某虽然很不情愿，但由于天色已晚，自己又着急回家，就暂时答应了。到家后，章某记住了出租车的车牌号。春节过后，章某到当地法院起诉该出租车司机，要求返还多收的车费。

【争鸣】

■ 原告章某提出，自己是在着急回家过年，长途汽车停运、路上可以搭乘的出租车又少的情况下才答应支付高额乘车费的，如果不是因为情况特殊，自己不可能答应支付比平时高出十余倍的车费。而出租车司机也正是明知这种情况，才趁机提高车费，其行为已经构成了乘人之危。根据《合同法》的规定，乘人之危订立的合同是可撤销、可变更的合同。因此，请求返还多收的车费。

■ 被告出租车司机提出，章某与自己实际上已经形成了客务运输合同。因时间特殊，自己提出比平时高的车费合乎情理，章某也明

确表示同意，支付高额车费是合同双方协商一致的结果，不存在乘人之危的问题。因为出租车并非只有这一辆，章某如果认为要价高，完全可以搭乘其他的出租车。因此，双方达成的客务运输合同是合法有效的。章某要求返还多收的车费没有法律依据。



【律师点评】

所谓乘人之危订立的合同，是指行为人利用他人的危难处境或者紧迫需要，强迫他人接受某种明显不公平的条件而订立的合同。一般来说，构成乘人之危必须具备以下几个条件：第一，必须要有对方当事人处于危难或急迫的客观事实存在。所谓危难，是指危险和困难，不仅包括经济上的窘迫，也包括生命、健康、名誉等的危难。不过，危难并非因行为人的不法行为造成，而是由于受害人自己的客观原因造成的；所谓急迫，是指因情况紧急，迫切需要对方提供某种财务、劳务、服务、金钱等。急迫主要包括经济上、生活上各种急迫的需要。第二，一方当事人乘对方处于危难或急迫状态而提出过高的苛刻条件。行为人主观上具有乘人之危的故意，而其乘人之危提出苛刻条件，是为了获取不正当的利益。第三，受害人出于危难和急迫而接受不法行为人所提出的苛刻条件，作出了不真实的意思表示。在乘人之危的情况下，受害人明知对方在利用自己的危难或急迫而获取利益，但陷于危难或出于急迫需要而实施了民事行为，该民事行为的实施从本质上讲是违背了受害人的真实意愿的。第四，不法行为人所取得的利益超出了法律允许的限度。即不法行为人通过该合同的订立取得了在正常情况下不可能取得的重大利益，并且明显违背了公平原则，超出了法律所允许的限度。第五，危难与对方订立合同或实施行为有因果关系。

在本案中，章某急于赶回家过年，而长途汽车停运、路上出租车非常少，可以说章某正处于急迫状况这一客观事实是存在的。当时，该出租车的司机对于章某的这种急迫情况是明知的，主观上存在乘人之危的故意。出租车司机借机将乘车费提高了十余倍，目的就是为了牟取不正当利益。而乘车人章某虽然明知出租车司机在利用自己的急迫情况提高车费，而且也不愿意负担如此高额的费用，但由于自己必须尽快赶回家，使其违背自己的真实意愿接受司机提出的要求。章某急于回家但又无车可坐的事实同出租车司机提高车费的行为之间是存在因果关系的，因此，该行为构成乘人之危。《合同法》第54条规定："下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。"依据该条规定，章某向法院起诉，维护自己的合法权益是正确的，章某要求出租车司机返还多收车费的请求应当予以支持。

26. 导游口头承诺退款的，是否有效?

【案情】

某公司10名职工向某旅行社订购“北京3日游”旅游票10张，旅行社收取人民币2万元，并开具发票。行前双方口头约定：(1) 旅途往返乘特快列车，抵京后专车接到住宿地；(2) 在京游览安排4天专用车；(3) 在京游览15个风景点。某公司10名职工在导游陪同下乘坐直达列车赴京旅游。抵达后，因旅行社未派车来火车站接，迫使10名旅游者自己乘地铁步行至住宿地。游览中，因旅行社未作周密合理安排，致使旅游团候车达4小时之久，未能按原定计划游览中山公园和军事博物馆。旅行社数次违约，引起旅游者的极大不满。旅游者与导游协商后达成退款协议，约定：某旅行社退给某公司10名职工人民币1000元，某公司10名职工乘坐特快列车返回。事后，某旅行社法定代表人对退款协议不予追认，并申明退款协议无效，因此产生纠纷。双方多次磋商违约金数额未能达成一致意见，某公司10名职工向法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某公司职工提出，某公司10名职工已经向旅行社交付了旅游费用，那么就理所当然有接受旅行社按照合同约定履行义务而得到服务的权利，双方口头订立的旅游合同有效。某旅行社未按合同约定旅行义务，游客有权要求退款。导游作为某旅行社工作人员，代表旅行社与游客达成的退款协议合法、有效，旅行社应当按协议履行退

款义务。

■被告旅行社提出，双方就口头订立的旅游合同没有争议，具有法律效力。而退款协议系旅行社导游与旅游者协商的结果，导游不是旅行社的法定代表人，因此由其订立的退款协议无效。旅行社不具有按照该协议退款的义务，具体的退款事宜应当由旅行社法定代表人与游客协商处理。





【律师点评】

本案中，要解决争议的焦点问题，即当事人双方的口头订立的旅游合同和退款协议是否有效，因此首先必须搞清楚旅游合同的概念以及旅游合同应具备的条款。所谓旅游合同是旅游者和旅行社、旅馆、旅游交通运输部门以及其他旅游活动涉及的部门之间达成的、规定双方权利义务关系的协议。依合同法一般理论，旅游合同一般包括以下条款：1. 标的，旅游合同的标的主要是行为。一般包括旅游业经营者为旅游者提供食、宿、交通、导游等服务。2. 数量及质量，主要是指为旅游者提供的饭店、旅馆、车辆等设备以及导游人员的服务水平、服务质量。3. 价款或酬金，是指旅游业经营者为旅游者提供的食、宿、交通、导游服务本身的价格或为旅游者提供这些服务而旅游者应支付的报酬。旅游收费标准，重要的旅游价格由国家物价局和国家旅游局管理，比较重要的旅游价格由地方各级人民政府物价部门和旅游主管部门管理。4. 旅游合同履行的期限和地点。旅游业经营者应按合同约定的时间为旅游者提供旅游地点，不得擅自改动旅游合同及变换旅游地点。5. 违约责任。合同双方可以在合同中约定违约方应承担违约金、赔偿损失等违约责任。

旅游合同一经订立，必须按照合同所规定的标的如实履行，而不

得任意变更合同标的，旅游合同的对象通常是指自然风貌、社会风貌和名胜古迹等。人们进行游览即是通过对这些特定对象的观赏获得精神满足，如旅游合同不能实际履行，旅游者往往无法获得这种精神满足，旅游合同的目的便不能实现。旅游合同纠纷中，除因旅游业经营者组织安排不妥而擅自取消旅游项目外，还大量存在旅游业经营者服务“缩水”现象，即只履行了合同义务的一部分或履行了义务但服务质量不符合合同规定。这种部分不履行或不正确履行会给旅游者造成损害（包括物质上的和精神上的），不履行合同方要承担违约责任。部分不履行或不正确履行旅游合同所应承担的违约责任形式与全部不履行相同。《旅行社条例》第28条规定：“旅行社为旅游者提供服务，应当与旅游者签订旅游合同并载明下列事项：（一）旅行社的名称及其经营范围、地址、联系电话和旅行社业务经营许可证编号；（二）旅行社经办人的姓名、联系电话；（三）签约地点和日期；（四）旅游行程的出发地、途经地和目的地；（五）旅游行程中交通、住宿、餐饮服务安排及其标准；（六）旅行社统一安排的游览项目的具体内容及时间；（七）旅游者自由活动的时间和次数；（八）旅游者应当交纳的旅游费用及交纳方式；（九）旅行社安排的购物次数、停留时间及购物场所的名称；（十）需要旅游者另行付费的游览项目及价格；（十一）解除或者变更合同的条件和提前通知的期限；（十二）违反合同的纠纷解决机制及应当承担的责任；（十三）旅游服务监督、投诉电话；（十四）双方协商一致的其他内容。”

在本案中，双方虽未有书面合同具体约定旅游活动中相关服务，但某公司10名职工持有某旅行社开具了发票的旅游票，双方对其口头约定无争议，且口头约定也是法律允许采用的合同形式，应承认其效力。依此口头约定，旅游者旅途往返应乘特快列车，而旅行社却安排10名职工乘直达列车至北京；约定抵京后旅行社出专车接10名职工至住宿地，却未派专车来接，致使10名职工自己乘地铁步行到住

宿地；约定在京游览15个风景点，而实际上却少游了2个景点。该旅行社在以上三点违反了合同约定，致使旅游者的合法权益受到了损害。《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第17条规定："旅游经营者违反合同约定，有擅自改变旅游行程、遗漏旅游景点、减少旅游服务项目、降低旅游服务标准等行为，旅游者请求旅游经营者赔偿未完成约定旅游服务项目等合理费用的，人民法院应予支持。旅游经营者提供服务时有欺诈行为，旅游者请求旅游经营者双倍赔偿其遭受的损失的，人民法院应予支持。""有损害就应有赔偿"，且该旅行社不存在任何免责情形，主观上亦有过错，故旅行社未履行部分的价款应返还给10名职工。另外，旅行社还应向某公司10名职工支付惩罚性违约金。

某旅行社导游与10名职工达成退款协议后，某旅行社法定代表人对该协议不予追认，主张退款协议无效，这涉及一个民法问题——职务代理。代理的一般法律构成包括：第一，代理人须以被代理人名义实施法律行为；第二，代理须在代理权限内实施法律行为；第三，被代理人须承受代理行为的法律后果。《民法通则》第63条第1、2款规定："公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。"依照此规定，导游是旅行社的工作人员，法人对其工作人员的职务行为承担民事责任。本案中，某旅行社导游与10名职工所签退款协议应属职务代理行为，属有效代理，无须某旅行社法定代表人的追认（只有无权代理才会涉及追认的问题），某旅行社应对其工作人员的职务行为承担民事责任，即退款协议合法有效，某旅行社应执行该协议，向某公司10名职工退款。

27. 导游擅改行程导致游览计划无法实现的，旅行社应否赔偿？

【案情】

某旅行社组织十多个人去北京旅游。按照行程计划，到达北京的第二天游长城，但导游未与旅游者协商，擅自将游长城的行程改为第三天。就在第二天晚上，一场突如其来的大雪使旅游车无法去长城，游长城计划被迫取消。游客返回后，要求旅行社按照规定双倍赔偿长城门票。而旅行社则称，双方的合同中已有声明："旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利。"因此，旅行社只愿意原价退还长城门票，拒绝赔偿。于是双方发生争执，引起诉讼。

【争鸣】

■ 原告游客提出，游长城计划取消的原因不是不可抗力造成的，而是旅行社违约行为。旅游合同中关于"旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利"的声明显失公平，不具有法律效力。也就是说，这样的声明对游客不具有约束力，所以旅行社应当承担赔偿责任。

■ 被告旅行社提出，旅游合同中已经声明，"旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利"，也就是说，旅行社和导游都有调整行程的权利。况且游长城计划的取消是不可抗力造成的，旅行社没有过错，所以不承担赔偿责任。



【律师点评】

本案中，更改行程是否构成违约，旅行社的事先声明是否有效，是解决本案的关键。根据《合同法》的规定，不可抗力就是指“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。从表面上看，游长城计划被取消的直接原因的确是由于不期而至的大雪，属于不可抗力。但实际情况是，只要导游按照原预定计划履行合同，不擅自改变行程，完全可以在大雪到来前完成游长城的计划，避免这起纠纷。游长城计划的被迫取消是导游违反规定人为造成的，擅自更改行程构成了违约，旅行社对此应承担赔偿责任。

假设另外两种情况：(1) 如果旅游合同中游长城的计划本来就安排在第三天，旅游计划的取消毫无疑问属于不可抗力，旅行社只需退还景点门票即可，不需要承担赔偿责任。(2) 如果在旅游过程中，为了旅游行程更为合理、方便，经过导游与游客协商，导游变更行程的行为得到全体游客的同意，将原定第二天和第三天的项目掉换，那么即使发生上述景点被迫取消的情况，旅行社也只需要退还景点门票，不需要承担赔偿责任。因为在这种情况下，导游（旅行社）和游客对原合同内容的履行顺序作出了协议变更，形成了新的合约关系，旅行社按照新的合约履行义务受法律保护。当然，旅行社应承担举证责任，如果没有有力证据证明得到了游客的同意，旅行社仍然应当按照违约责任对游客进行赔偿。

但是，在双方签订的旅游合同中，有“旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利”的声明，那么，该声明是否可使旅行社免责呢？答案是否定的，理由如下：

1. 根据《合同法》的规定，合同签订后，双方当事人应当本着诚实信用的原则，严格按照合同的规定，全面履行合同约定义务，正

当行使自己的权利，当事人不能轻易违反约定，擅自变更旅游合同。具体而言，旅行社与游客签订旅游合同时，已经收取了游客的团款，游客履行了支付团款的义务。按照权利义务对等的原则，旅行社应当履行提供约定的服务义务。根据《合同法》的规定，有效合同签订后对签约各方都具有约束力，任何一方无正当理由不履行、不完全履行或不恰当履行合同的条款，就构成违约行为，对方就有权要求违约方支付违约金或赔偿损失。

2. 根据合同自愿原则，合同双方当事人可以就合同的签订、履行、转让、变更、解除等内容自愿达成协议，这样达成的协议应当受到保护和尊重。在履行旅游合同的过程中，旅行社和游客有权就双方的权利义务协商一致，在此基础上进行变更。旅游合同变更的关键是应当符合程序，充分尊重双方当事人意见，任何一方擅自变更就是违约，就要承担相应的违约责任。因此，旅行社擅自改变行程的做法实属违约，应当承担赔偿责任。

3. 旅游合同通常是格式合同，其条款都是旅行社拟定的。旅行社和游客作为完全平等的民事主体，在民事活动中各自拥有的权利和义务是对等的，旅行社和游客不能将自己的意志强加给对方。如果旅行社的这则声明成立的话，旅行社就拥有随时调整旅游行程的权利，按照《民法通则》、《合同法》关于公平、平等原则的精神，那就意味着旅游者同样拥有随意变更旅游行程的权利。假如真的是这样，那我们可以肯定，这样的旅游合同难以得到全面适当的履行。因为旅游者和旅行社一样，也会出于各种考虑，随时提出变更旅游行程，那么双方订立旅游合同还有什么意义？而事实上，游客在履行合同过程中不拥有此项权利，一旦游客提出变更行程，旅行社会以执行旅游计划为由予以拒绝。如果旅游者在旅游途中单方变更行程，通常意味着旅游者放弃某些旅游项目，而旅游者主动放弃权利，既不能退团款，也无法得到赔偿。不难看出，旅行社这则声明在给自己增加变更合同权利的同时，剥夺了游客的变更权。

旅行社这样的声明本身就是对公平精神的违背。按《合同法》第40条的规定，提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。因而，该合同条款对旅游者不具备约束力。在旅游合同中，消费者有权要求经营者依照约定的游览景点、交通食宿安排及条件、价格、导游服务等提供服务。经营者不经过消费者同意，擅自改变旅游景点和增加收费；不按约定的旅游景点、交通食宿安排、价格、全程合计时间提供服务的，消费者有权解除合同，并根据实际情况要求退还部分或全部价款，造成损失的，还应赔偿消费者的损失。

4. 签订旅游合同的目的，就是为了稳定旅行社与游客之间的交易行为，对双方当事人产生约束和保护作用，督促双方履行各自的合同义务，实现各自的合同目的。如果旅行社操作真的这么随意，那么干脆不必制订旅游行程计划，任由旅行社安排。因为订立的旅游计划只是一纸空文，对旅行社履行合同并没有起到约束作用。这样的“声明”可能会放纵导游的行为，暴露了一些旅行社管理的松懈和理念的滞后。旅行社的旅游计划通过导游人员实施，导游的工作性质决定了其本身就具有一定的灵活性，旅行社本来应当严格约束导游人员，促使导游人员严格按旅游合同行事，可是旅行社这样的声明不仅不能约束导游的行为，反而给一些不负责任的导游以可乘之机。因为是旅行社毫无限制地赋予导游这种权利，导游似乎找到了随意变更行程的“理由”，其危害性不言而喻：损害了游客的合法权益，最终损害的是旅行社的权益和信誉。《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第17条规定：“旅游经营者违反合同约定，有擅自改变旅游行程、遗漏旅游景点、减少旅游服务项目、降低旅游服务标准等行为，旅游者请求旅游经营者赔偿未完成约定旅游服务项目等合理费用的，人民法院应予支持。旅游经营者提供服务时有欺诈行为，旅游者请求旅游经营者双倍赔偿其遭受的损失的，人民法院应予支持。”因此，旅行社的声明没有法律效力，其擅自更改行程属违约，应承担相应的赔偿责任。

28. 出租车司机不找零钱发生纠纷，游客应当怎么办？

【案情】

杨某是来自外地的某高校大三学生。他与就读另一所大学的朋友约好去某公园游玩。由于两人的路程不同，就说好在公园门口相见。周六早上，杨某因为有事耽搁了时间，觉得坐公交车来不及了，于是她就乘坐了司机王某驾驶的隶属某出租车公司的出租车。当车行驶到公园门口时，杨某下车并付费。计价器显示为22.8元，杨某没有零钱，就给了一张50元的整币让司机王某找零。王某表示没有零钱，于是杨某去附近的商店兑换零钱来支付车费，出租车计价器没有停止计价并显示为24.4元。王某表示此为等候时间费用，杨某因零钱不够而再次兑换零钱来支付车费，出租车计价器又继续计价显示出新价26元。王某继续表示要按新价收费，杨某顿时觉得司机欺人太甚，气愤之下就将钱扔进了车里，双方为此发生了争吵。司机王某还下车推搡杨某，随后王某驾出租车倒车时将杨某带倒受伤。杨某为此花去医疗费233元，伤好后，杨某将司机及某出租车公司诉至法院，要求他们赔礼道歉，承认错误，并赔偿医疗费。

【争鸣】

■原告杨某提出，司机王某在提供服务过程中没有完全履行自己的责任，反而提出无理收费要求，引发争吵并致使杨某受伤，应当承担民事责任。出租车公司对其下属的车辆和驾驶员负有管理责任和教育义务。王某应当向杨某赔礼道歉，并一次性赔偿医药费233元，

若到期不履行，则出租车公司承担责任。

■被告王某提出，造成纠纷的责任在于杨某，自己找零钱浪费了时间，所以应当按其所花时间计价，况且出租车按表收费是有相关规定的，故不同意杨某的请求。杨某受伤是汽车启动后王某强行阻碍所致，所以司机没有责任。



【律师点评】

本案引发纠纷的直接原因是找补零钱，本案的关键在于出租车司机是否负有找补零钱的义务。我们知道作为服务行业之一的出租车，必须向消费者提供高质量的服务，这当然包括向消费者找补零钱。也就是说，出租车司机除了要按照乘客要求安全、及时地把乘客送达目的地以外，还应提供与营运相配套的文明、礼貌、热情、周到的服务。找补零钱也当然属于司机的义务之一。而本案中，司机王某非但不主动去换取零钱找补杨某，反而将杨某两次去兑换零钱的时间继续计价收费，从而引发了双方之间的争执，并致使杨某受伤。因此，王某的行为违背了服务行业的职业道德，严重损害了消费者的合法利益，理应赔偿损失。此外，本案尽管是由于司机的过错造成的，但也反映出了作为主管的某出租车公司有疏于管理的错误。出租车公司有责任对下属司机加强管理和教育，督促服务人员提供优质服务。为此，出租车公司对本案件的发生也是负有一定责任的。

近年来，随着人们生活水平的逐步提高，游客在市内景点或者在远近郊区景点旅游，为方便起见，往往会选择乘坐出租车的出游方式。但是由于我国出租车行业的管理机制不够健全以及众多出租车司机的职业道德水平有待进一步提高，极有可能发生游客利益受到损害的不良事件，不仅败坏了游客的兴致，也不利于出租车公司建立良好

的信誉。为避免一些不必要的纠纷，所以游客乘坐出租车时要注意以下几点：一是上车前就同司机说清目的地、乘坐线路等，以免出租车司机开错地方而发生纠纷；二是游客最好在乘车前就备好零钱，避免付费时无零钱找补的麻烦；三是游客上车后要注意乘坐车辆所隶属的出租车公司以及车牌号，最好是下车交费后索取乘车发票，这样一旦遗失财物在车上也可以准确找到车主索取。

29. 私自将旅游业务转让导致旅游者权益受损害，谁应当承担违约责任？

【案情】

李某与南京某旅行社一直有业务往来，他请该旅行社的汤某安排他一家四口春节期间去海南旅游，汤某告之该旅行社春节期间没有去海南的团队。根据李某的意见，汤某又联系了另外的旅行社，说明行程及报价情况，经李某本人同意后，汤某帮李某一家订了往返机票，按李某的要求，制订了接待计划，写明了由海南某旅行社接待，南京某旅行社收取4人旅游费共计880元。但海南某旅行社接待业务后，瞒着南京某旅行社和李某一家，将此业务转让给另外两家旅行社。那两家旅行社导游质量低，不按计划线路游览，伙食差。在万泉河畔餐馆用餐时，因粉条中混有碎骨头，致使李某的妻子假牙咬断两颗。李某认为这次旅游价高质次，上当受骗，多次给南京某旅行社总经理打电话，要求索赔：1. 依省内旅行社“海口6日游”平均报价为标准双倍返还超额部分；2. 因安排不当，许多主要景点未游览，退还所有交款总数；3. 适当赔偿因此所造成的时间和精神损失及电话费。该总经理同意赔偿，但双方未能就赔偿数额达成一致，李某于是诉至法院。

【争鸣】

■ 原告李某提出，自己与南京某旅行社签订了旅游合同，南京某旅行社就应该履行合同规定的义务。由于海南某旅行社的违约，还

有海南另外两个旅行社的极差的服务质量，给李某带来一定的精神损害，所以李某有权要求南京某旅行社赔偿一定的精神抚慰金。

■ 被告某旅行社提出，南京某旅行社已经在李某知晓的情况下转让给海南某旅行社，因此赔偿金主要应当由海南某旅行社转的另外两家旅行社赔偿，海南某旅行社与南京某旅行社就合同问题承担一定的违约金赔偿责任，就精神损害赔偿金将不予答应李某之请求。



【律师点评】

旅游作为一项服务性行业与其他服务一样，旅游经营者应向旅游消费者提供按质按量和安全的服务保障。在目前的旅游业，恶性竞争、层层转包现象大量存在，低价的结果当然是服务质量很差，旅游服务实际与合同约定内容不符、服务缩水，严重侵害旅游消费者的合法权益，同时对于我国旅游业的健康发展也是一种戕害。

《旅行社条例》第33条规定："旅行社及其委派的导游人员和领队人员不得有下列行为：（一）拒绝履行旅游合同约定的义务；（二）非因不可抗力改变旅游合同安排的行程；（三）欺骗、胁迫旅游者购物或者参加需要另行付费的游览项目。"第36条规定："旅行社需要对旅游业务作出委托的，应当委托给具有相应资质的旅行社，征得旅游者的同意，并与接受委托的旅行社就接待旅游者的事宜签订委托合同，确定接待旅游者的各项服务安排及其标准，约定双方的权利、义务。"第37条规定："旅行社将旅游业务委托给其他旅行社的，应当向接受委托的旅行社支付不低于接待和服务成本的费用；接受委托的旅行社不得接待不支付或者不足额支付接待和服务费用的旅游团队。接受委托的旅行社违约，造成旅游者合法权益受到损害的，作出委托的旅行社应当承担相应的赔偿责任。作出委托的旅行社赔偿后，可以向接受委托

的旅行社追偿。接受委托的旅行社故意或者重大过失造成旅游者合法权益损害的，应当承担连带责任。”旅游合同是指平等主体的旅游者、旅游企业法人及其他旅游组织之间设立、变更、终止旅游民事关系的协议。旅游合同的作用是保护当事人的合法权益，规范旅游经营服务行为，促进旅游业健康发展。一般情况下，旅游者与旅行社等旅游经营者签订的旅游合同后，旅行社不得将旅游者转让给其他旅行社，无论其是否从中牟利，因为旅游消费者选择旅行社，大都相信该旅行社业已建立的信誉，即消费者在这里有一种信赖利益。如果旅行社将旅游业务转让给别人的旅行社，那个旅行社的服务质量如何消费者无从了解，这就使旅游者的权益处于一定的危险之中，所以未经旅游者同意，旅行社不得转让旅游者。但旅游业有其本身难以克服的弱点，即交通、签证等环节不是旅行社本身所能控制的，如果情形发生变化，旅游者又坚持其旅游的想法，旅行社可以在征得旅游者同意后联系其他旅行社，由其他旅行社安排旅游者的行程。但这时原来的旅行社与旅游者签订的合同仍然存在，只是原合同义务由旅行社选定的自己一方的第三人——其他旅行社代替自己履行；同时原来的旅行社有义务选定有合格资质的旅行社，以保证其与旅游者合同中约定的服务水准。如旅游者在旅游合同履行期间有发生意外伤害、财产损失或转包旅行社服务质量差等问题的出现，应由原来的旅行社承担合同责任。至于其他旅行社未按原来的旅行社要求的质量提供服务则应依它们之间的协议来解决，原来的旅行社不得以其他旅行社的原因拒绝向旅游者承担责任。

旅游合同违约的责任形式，依据《消费者权益保护法》的规定，“经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款；并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用”。《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 17 条规定：“旅游经营者违反合同约定，有擅自改变旅游行程、遗漏旅游景

点、减少旅游服务项目、降低旅游服务标准等行为，旅游者请求旅游经营者赔偿未完成约定旅游服务项目等合理费用的，人民法院应予支持。旅游经营者提供服务时有欺诈行为，旅游者请求旅游经营者双倍赔偿其遭受的损失的，人民法院应予支持。”

在本案中，南京某旅行社的汤某应李某之请为其联系了海南某旅行社，汤某与李某夫妇商议后双方制订了接待计划，可见南京某旅行社与李某签订的旅游合同有效。南京某旅行社应按合同约定组织李某一家进行海南环岛游，具体接待工作由海南某旅行社安排，即海南某旅行社作为南京某旅行社一方的第三人代替南京某旅行社履行合同义务。然而海南某旅行社违反与南京某旅行社的约定，在后者事先根本不知道的情况下，将此旅游业务转让给另外的旅行社。结果因导游质量低、不按计划线路游览、伙食差、游客财物受损，损害了旅游者利益。李某有权利向南京某旅行社要求赔偿损失，关于具体的赔偿数额，则应依南京某旅行社违约给李某所造成的实际损失确定，具体而言主要是未按约定旅游的景点，退还这些项目的费用以及因导游质量差、伙食差而遭受的损失，另外，还应赔偿李某之妻假牙受损所造成的损失。

本案中李某提出赔偿精神损失，这是目前旅游业消费纠纷中消费者诉讼中经常遇到的问题。违约所生之损害赔偿，赔偿责任是否存在及其责任大小，应根据合同的内容而决定。而依一般合同内容，通常无法解释债务人不履行合同即足以引起债权人生命、身体、自由、名誉受损害的危险。因而，除非违约事实同时构成侵权行为，否则由违约所引起的生命、身体、自由、名誉的损害，尚缺乏请求填补的依据。本案中，李某认为本来高高兴兴去旅游，结果旅游中服务质量与约定不符，使自己不顺心，故要求精神损害赔偿，表面上似乎有道理，但实际上，合同纠纷中若无人身权受到侵害的情形同时发生，一般不适用精神损害赔偿。李某所感到委屈的情况，可以适用《民法通则》中“赔礼道歉”这一民事责任形式予以解决。

30. 殡仪馆未给老干部遗体盖党旗，应否赔偿家属精神损害？

【案情】

许某是一名副军级老干部，在2007年10月，许某因病去世，其遗体告别仪式于一个星期后在某市殡仪馆一号厅举行。此前，许某儿子根据父亲的遗愿，在前往殡仪馆送遗体所穿军装时，一并送上了党旗大小各一面，并告知有关工作人员，要在举行告别仪式时将党旗覆盖在遗体上。然而当告别仪式即将正式举行时，却发现许某的遗体上并没有覆盖党旗。在家属等人提出异议后，告别仪式暂停。在随后约半个小时里，殡仪馆始终没有找到党旗。为了不让在场的众多亲友和许老生前战友、领导再等下去，家属在极不情愿的情况下同意告别仪式开始举行，但当场仍有个别不明情况的同志开始私下议论：许老在后期是否犯了什么错误或是做了什么对不起党的事情，所以遗体上才不覆盖党旗。追悼会结束后第三天，许某的儿子将殡仪馆告上法庭，以殡仪馆的做法侵犯死者的名誉权和荣誉权，且令家属遭受精神损害为由，要求其在各大媒体上登报赔礼道歉，并赔偿精神抚慰金。

【争鸣】

■原告许某的儿子提出，根据许某的副军级级别、所获的重大荣誉及告别仪式的惯例，其遗体应当覆盖党旗。然而由于殡仪馆的过错，在为其举行追悼会时未给遗体覆盖党旗，殡仪馆的行为严重损害了许某的名誉权和荣誉权，也给其亲属造成了严重的精神损害。因

此，殡仪馆应当赔偿死者家属受到的精神损害。

■ 被告殡仪馆提出，殡仪馆并没有以书面或口头形式侮辱或诽谤许某的名誉，其没有为许某盖党旗的行为也没有违法。因此，殡仪馆的行为不构成对许某名誉权的侵权。而关于荣誉权方面，对于许某原有的荣誉，也未因没有盖党旗而受损害，殡仪馆的行为也不构成对许某的荣誉权的侵权。



【律师点评】

最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条第1款第1项规定，“自然人死亡后，以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉的”；第3项又规定：“非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨的，其近亲属可以向人民法院请求精神损害赔偿。”适用以上司法解释需要具备以下要件：首先，请求精神损害赔偿的请求权主体只能是近亲属。近亲属的范围包括：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女和外孙子女。在死者的人格权利受到侵害时，只有以上人员享有请求精神损害赔偿的权利，以上人员以外的其他人都不享有这种权利。其次，存在违法行为，即自然人死亡后，他人以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉或者非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨的违法行为。只有出现了以上行为，近亲属才有权提出精神损害赔偿，在没有违法行为发生的情况下，近亲属没有必要提起精神损害赔偿之诉，即使提出了诉求，也不能得到法院的支持。再次，

侵害人主观上存在故意。从以上司法解释的条文来看，侵权人采用的侵害手段为侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，这些手段无一不需要侵害人主观上的故意。

在本案中，许某的近亲属能否依据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条第1款第1项和第3项的规定请求殡仪馆赔偿其精神抚慰金，就要看本案的情况是否与司法解释规定的条件相一致。本案中，许某的儿子与殡仪馆在许某的遗体告别仪式举行之前，并没有书面约定殡仪馆必须为许某的遗体盖上党旗，而且根据中共中央办公厅1996年印发的《中国共产党党旗党徽制作和使用的若干规定》规定，党旗的使用范围并不包括遗体告别仪式，因此殡仪馆没有必须履行为许某的遗体盖上党旗的义务。在许某的遗体没有盖上党旗的情况下，经许某的家属同意，遗体告别仪式继续按时举行，此时对盖不盖党旗的问题原被告双方已经解决。在这个过程中，殡仪馆并没有以书面或口头形式侮辱或诽谤许某的名誉，其没有为许某盖党旗的行为没有违法。因此，殡仪馆的行为不构成对许某的名誉权的侵权。而关于荣誉权方面，对于许某原有的荣誉，不可能而且事实上也未因没有盖党旗而受损害，那么，殡仪馆的行为同样也不构成对许某的荣誉权的侵权。可见，本案中殡仪馆的行为并不符合司法解释中规定的情形，那么许某的儿子就不能据此要求得到精神损害赔偿。虽然在客观上许某的家属因事件的发生精神上承受了一定的痛苦，但由于其请求精神损害赔偿的诉求没有法律依据，因此不应当得到支持。

31. 婚礼的摄像效果差，能否要求婚庆公司赔偿精神损失费?

【案情】

2007年7月，何某与吕某在相恋了三年之后终于喜结连理。举行婚礼的前一个星期左右，新郎何某为使婚礼办得更好，特地将承办婚礼仪式的事务交给了当地一家名叫天地同庆的婚庆公司。在举行婚礼前，他们与某婚庆公司签订了婚庆服务合同，约定由该婚庆公司负责婚礼的车辆、会场布置、摄像、主持等服务事宜。婚礼当天，该婚庆公司负责了何某夫妇的婚礼全程摄像。但婚礼结束后的第三天，何某夫妇在观看录像时发现，录像既没有声音、图像也模糊。何某于是找婚庆公司交涉，要求婚庆公司返还婚庆全程摄像服务费，而且由于婚庆公司的过错给其造成了难以弥补的损失，要求婚庆公司赔偿其精神损失费。双方协商未果，为此新郎何某将婚庆公司告上法庭。

【争鸣】

■ 原告何某夫妇提出，因婚庆公司提供的摄像服务有瑕疵，录像带不能正常放映，给何某夫妇精神上造成严重伤害，婚庆公司应当返还婚庆全程摄像服务费，并支付精神抚慰金。

■ 被告婚庆公司提出，婚礼当天，婚庆公司为何某夫妇提供了婚庆全程摄像服务，因为机器故障等原因，摄像效果不好。婚庆公司可以退还何某的婚礼全程摄像服务的费用，但对于精神损害赔偿，由于没有达到造成严重后果的程度，婚庆公司不应当赔偿。



【律师点评】

最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条列明了精神损害赔偿的受案范围，该条规定：“自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）生命权、健康权、身体权；（二）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；（三）人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”其中“其他人格利益”的范围相当广泛，为一些案件的处理提供了法律上的依据。本案中婚庆公司侵犯的不是条文中明确列出生命权、健康权、身体权，姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权，人格尊严权、人身自由权，隐私等权利，而是条文中提到的“其他人格权利”。因此，何某当然可以向法院提出精神损害赔偿之诉，法院也应当依法受理。

关于精神损害赔偿的问题，首先，《消费者权益保护法》第11条规定：“消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。”虽然在《消费者权益保护法》的以上条文中没有对消费者的精神损害赔偿作出具体明确的规定，但是从立法、司法的实践看，法律对精神损害赔偿是持肯定态度的。而且近几年来在一些省市出台的有关《消费者权益保护法》的办法、细则中也增加了有关精神损害赔偿的条款，这样对在消费中遭受损失的消费者来说，无疑是个利好消息。其次，最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》对精神损害赔偿的问题作了更为明确的规定。该解释第4条规定：“具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵

权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”在本案中，婚礼录像带应属于具有人格象征意义的特定纪念物品。该解释第8条还规定：“因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害赔偿的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。因侵权致人精神损害，造成严重后果的，人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。”本案中，由于婚庆具有不可重复性，给何某夫妇造成了无法弥补的损失，所以应当认定为造成了严重后果，那么人民法院可以根据受害人何某夫妇一方的请求判令侵害方婚庆公司赔偿相应的精神损害抚慰金。

大律师教你打官司

32. 储户存折与银行取款凭条上记载的取款金额不同，以何为准?

【案情】

陶某在当地某农村信用社开设有一活期储蓄存款账户，存款余额为3200.76元。2002年3月7日，陶某到该信用社要求取款，信用社工作人员为其填写了取款凭条，内容为：支取金额大写“伍仟元整”、小写“5000元”，余额“2700.76元”。陶某在该取款凭条的储户印鉴处签上其名字。同时，信用社工作人员在陶某的活期存折上用手工填写了相关内容，具体是：2002年3月7日，支取金额“500元”，余额“2700.76元”。陶某取得现款后，便离开了该信用社。后来，双方为陶某2002年3月7日取款，得到的是5000元还是500元的问题发生争议。信用社认为2002年3月7日陶某到信用社要求取款500元，信用社工作人员在为储户代填取款凭条时误填为取款“5000元”，并按凭条上的取款金额支付了5000元现金给陶某，因而陶某多得的4500元为不当得利款，应予返还，遂一纸诉状将其告上了法庭。

【争鸣】

■ 原告信用社提出，自己的员工因工作失误而多付款给储户，即因工作失误而付给储户超过存折取款金额的款项，这是陶某取得的不当得利，陶某应当承担返还不当得利的责任。

■ 被告陶某提出，自己取款的存折，完全由信用社工作人员填

写签章，并且取款前余额、取款金额、取款后余额三者之间能相互吻合，即该存折在形式及内容上均无瑕疵。而且信用社对其事实主张，不能提供充分的证据予以证实，故其应当承担举证不能的不利后果，即信用社对陶某返还多得的4500元不当得利款的请求不予支持。



【律师点评】

在民事经济活动中，公民或法人均有可能因失误而多交付款项或财物给对方，对此法律规定了不当得利返还制度予以救济和弥补。但是主张他人不当得利的一方，必须要有充分的证据证实在双方之间有不当得利事实存在，否则将得不到法律的支持。本案的关键性证据是存折和凭条，而两者在金额上不一致，因而对两者如何取舍是解决本案争执的关键。就本案而言，有以下三点需要明确：

1. 关于凭条与存折的效力谁更高的问题。凭条和存折是储蓄关系双方当事人针对存取款事实而相互出具的凭证，两者均是反映存取款事实的合同凭证，因而两者的地位、作用与效力应当是相同的，并无谁的效力更高之说。在本案中，对7月3日发生的取款事实，取款凭条反映的是取款“5000元”、存折反映的是取款“500元”。虽然取款凭条经由储户陶某签名确认，但是存折也是经信用社工作人员签发的，故不能以凭条金额对抗存折金额。

2. 关于陶某在取款凭条上签名的行为性质问题。一般而言，民事主体在民事活动中的签名，是主体意思表示的外在形式，表明其对民事行为的确认、认可。但是，本案属于不当得利纠纷。不当得利返还制度的要旨，就是对因民事主体一方的失误使该方失去财物、对方得到财物而导致的不当态状的否定和纠正，是对民事主体失误行为的救济。信用社主张因自己工作失误而多付款给储户，即因工作失误而

付给储户超过存折取款金额的款项。那么，储户也可以主张因自己失误而对取款凭条内容未认真审查即签名认可。法律是公平的，它不可能仅仅认可和救济某单位的失误，而对某公民个人的失误视而不见。

3. 关于取款凭条是否存在瑕疵的问题。陶某2002年7月3日取款的取款凭条，从该凭条的内容上看，取款额“5000元”、余额“2700.76元”，而陶某此次取款前的实际余额为3200.76元，则取款凭条上的取款金额“5000元”与凭条上注明的取款后余额“2700.76元”相矛盾。从该凭条的形式上看，取款凭条虽经储户签名，但是其内容毕竟是由信用社工作人员填写，不能排除储户对凭条内容未经认真审查而予以签名的可能性。本案陶某2002年7月3日取款的取款凭条，无论是在内容上还是在形式上均存在瑕疵。与这张具有瑕疵的取款凭条相比，陶某此次取款的存折，完全由信用社工作人员填写签章，并且取款前余额、取款金额、取款后余额三者之间能相互吻合，即该存折在形式及内容上均无瑕疵。故取款凭条的“取款金额”不足以否认存折的“取款金额”。

综上所述，信用社仅凭其持有的取款凭条，不足以证明储户获得了不当得利的事实。由于信用社对其事实主张，不能提供充分的证据予以证实，故其应当承担举证不能的不利后果，即信用社对陶某返还多得的4500元不当得利款的请求不予支持。

33. 酒店违规乱收长话费应怎样赔偿消费者？

【案情】

2007年3月16日，消费者汤某到某城旅游观光。在一家大酒店住宿，住宿期间曾在该酒店打过国内长途电话。一周后，汤某准备结账离店时，要支付399元的长途话费，汤某认为该收费额有出入，因此，要来电脑收费单仔细查对，发现旅客每拨通一个长途，酒店就从中收取服务费4元，即便未打通或拨定号码也要收费（共66次），汤某认为不合理，当即要求酒店退还多收的电话费，并因此而承担相应的赔偿责任。酒店服务员则称电脑计费不会出错，而且长途电话收费额的多少是酒店规定的。争执未果，汤某即到法院起诉，要求法院判决该酒店给予应有的赔偿。

【争鸣】

■ 原告汤某提出，自己打长途电话每拨通一个长途，酒店就收取服务费4元，甚至未打通或拨定号码也要收费是不合理的。所以酒店应当退还汤某多余的收款，而且要承担相应的赔偿责任。

■ 被告某酒店提出，汤某在酒店住宿期间拨打长途电话，酒店已经规定了长途电话的收费，而且电脑记录是不会出什么差错的。所以酒店拒绝退还汤某的长途电话费，更不会承担赔偿责任。



【律师点评】

公用电话乱收费是人们经常遇到的事情。酒店里对市话是免费服务的，因而乱收长话代办费成为酒店的宰客商招，这种现象在各地都很普遍。在公用电话亭里，对市话收费一般是非常规范的，但长话收费的方式往往比较混乱。有些公用电话的计费不合理，实行“15秒延时计费”，即无论是否拨通电话，只要从拨打电话开始15秒内未挂电话，计费器就开始计时计费，有的电话代办户拒绝节假日半价收费，有的则随意制定收费标准。本案中，消费者汤某要求某酒店加倍赔偿，是合理合法的。《消费者权益保护法》第49条规定：“经营者提供商品或者服务有敲诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”某酒店明知邮电部门对长途电话代办费有明确规定，却故意向消费者多收费用，这种欺诈是很明显的。该酒店理应加倍赔偿多余的费用。对乱收费的公用电话代办户要求加倍赔偿，有着重要的现实意义，只有对欺诈性乱收费的公用电话代办户要求加倍赔偿，才起到惩戒作用，使公用电话代办户不敢再进行乱收费，至少能够使其心有余悸。

为了使消费者做到心中有数，下面列出了邮电部于1996年1月1日施行的《公用电话管理办法》的规定。下列情况下消费者可以拒付通话费（无人看管的投币式、卡式公用电话除外）：1. 因机线障碍或话音不清，无法进行通话；2. 电信部门规定的免收费的特服业务电话，如火警、匪警、急救、交通事故报警和业务台等；3. 其他原因致使未能通话，上述3种情况通话费和代办手续费一律免去；4. 对在代办、公用电话上拨打200、108、800等业务电话的消费者，代办户可收取代办手续费，但不得收取通话费；5. 利用公用电话接听

长途电话，均不收取通话费，只收取来话传呼代办费；6. 公用电话必须配备经检测合格的计费器。消费者按计费器上显示的金额交费，代办户不得向其加收费用。计费器显示应面向消费者，凡不配备计费器或不向消费者公开计费情况的代办户向消费者收费时，消费者可以拒付。消费者拒付的通话费由代办户承担。下列时间用公用电话打长途电话，消费者可付半价：1. 国家法定节假日全天；2. 周六、周日全天；3. 周一至周五的晚 9：00 至 12：00；4. 周一至周日晚 12：00 至早 7：00 三折。

34. 旅客宾馆住宿不满意，退房后是否承担赔偿责任？

【案情】

2006年8月28日，李某冒着酷暑旅游，住进某宾馆，房间为带中央空调的506、507号，计标准房价360元。住进去之后15分钟左右，李某没有感觉到空调效果，反而有一种越来越热的感觉。于是，李某以没有空调为由要求退房，但该宾馆以开门收半价为由，收了李某的住宿费180元。对此，李某不服，于当日下午17：00向消费者协会投诉。消费者协会受理投诉后，立即派人去该宾馆调查，并与双方人员一同到506、507房间进行查看，发现确有空调，同时到另一房间询问一外地顾客，也证实从下午13：00到17：00多钟一直有冷气。李某辩称："现在开空调是事实，但当时15分钟内确实没有空调也是事实。"李某与宾馆发生争执，遂起诉至法院。

【争鸣】

■原告李某提出，李某作为消费者要求退房，不管有没有空调，这不是他们的责任，而是他们的权利，因为《消费者权益保护法》第9条有明确规定，消费者有权选择消费方式。经营者开门就收取标准房价的一半是不合理的，因为物价部门没有这方面的规定，宾馆行业也没有这种惯例。

■被告宾馆提出，经营者既然确认已经有了空调，所以退房的责任在消费者。既然责任在消费者，消费者住进宾馆也接受了服务，

加上宾馆还要更换用品等工作，因此收取半价是合理的。



【律师点评】

消费者的选择权是指消费者在面临众多的商品和服务提供者时，自主选择商品和服务的权利。消费者选择权包括：一、消费者可以自主选择提供商品或者服务的经营者；二、自主选择商品品种或者服务的方式；三、自主决定购买或者不购买任何一种商品，接受或者不接受任何一项服务；四、消费者在自主选择商品或者接受服务时有权进行比较、鉴别和挑选。以下逐一述之：

一、选择经营者权。这是消费者对于选择自己交易对象的行为，只要符合我国法律的规定，其权利人行使即不受限制。在现实生活中，一些行政性垄断行业组织和一些行政主管部门以行业性规定限制消费者必须购买自己的商品。在《反不正当竞争法》中，第6条、第7条规定了对这类行为的禁止。第6条中规定："公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。"第7条规定："政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动。"

二、消费者选择商品品种或者服务方式的权利。消费者有权依照自己的经济情况、兴趣爱好决定自己将购买、使用的商品或者接受的服务。在同种类商品存在多种品牌、存在不同档次时，消费者可以自主选择决定。这其实也与交易中应遵循意思自治原则息息相关，只不过是这一原则在消费者权益保护角度的表现而已。在消费者挑选商品时，只不过是其权利行使的方式，经营者不得干涉。并且，经营者在销售商品时，违背消费者的真实意思而强行搭售另一种商品也为法律

所禁止，尽管这一规定是在规范市场主体行为的法律《反不正当竞争法》中规定的。该法第12条明文规定：“经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。”

三、自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一种服务的权利。这是指消费者的选择范围不受限制，经营者对其不得进行干涉和阻挠。在一般消费者看来，这项权利在现实生活中有时难以实现。比如有饭店规定，进入本店只能接受在最低消费水平以上的服务。自然，这个最低消费线是由经营者单方确定的。这种规定实际是对消费者权益的侵犯。一个消费者可能根本不愿接受该经营者所规定的最低消费线的服务，而愿自己选择自己喜欢的商品种类或者服务项目，然而，往往碍于面子或者因店大欺客而甘愿忍受。这实际已构成了对消费者权利的侵害。消费者应充分知悉自己的权利的内容，方能理直气壮地行使之。

四、对商品或者服务进行比较、鉴别和挑选权。所谓“货比三家”，方能知道货物的品质、价格是否适当。然而。在有些地区，一些人欺行霸市，对于消费者进行选择商品的行为冷眼相向。消费者只要向其了解或者询问该商品的性能、价格、产地等产品特性后，如果不购买商品就要以暴力进行反击，这种阻制消费者行使合法权益的行为应该受到制止。消费者对商品或者服务只有通过比较、鉴别、挑选，才能充分了解商品和服务的真实情况，从这一角度而言，这是消费者知情权的自然延伸；只有这样才能获得自己真正满意的商品或者服务。在有些商业部门买货不许挑，营业人员见消费者只挑不买就横眉冷目，冷语相加。消费者为了选择自己称心的商品或者服务，在许多同类商品中选择自己最满意、最称心的商品，此行为无可指责。经营者应当正视消费者的这一权利的行使，顺应消费者挑选、比较商品的消费心理，协助消费者完成这一重要权利行使过程。消费者对商品的鉴别是指消费者对于该商品的质量、真伪在其所能够掌握的知识范

围内作出判断。消费者对于商品的鉴别能力是参差不齐的，能力高下相差很大。所以，一般人对于很明显的假冒伪劣商品还能鉴别出来，但对于一些商品的隐蔽瑕疵则难于发现，特别对于一些只有经过一段时间的使用或者需要经过精密仪器才能发现商品内在缺陷的情况。消费者无疑处于不利地位，在关于消费者的义务和消费者的权利方面，经营者应当向消费者宣传有关知识，帮助消费者对所购商品进行鉴别，消费者亦有获得有关商品的知识的权利。当然，现在有商检部门，可以对商品的质量、性能作出权威鉴定，这多少也可以帮助消费者进行商品的鉴别和鉴定。

在消费者行使其自主选择权时，有两个问题应予以注意：第一，消费者在行使权利时必须是合法行使，而不是滥用自主选择权，即其自主选择权必须符合法律的规定，尊重社会公德，不侵害国家、集体和他人的合法权益。消费者不得强行要求商店出售其仅供陈列、不予销售的产品，亦不得在挑选商品时，把经营者的商品乱扔乱抛，弄坏弄脏。第二，消费者的自主选择权不排除经营者向消费者进行商品、服务的介绍和推荐，买与不买，接受不接受全在于消费者的自主意志，经营者的介绍、推荐行为有助于消费者更多地了解将要购买的商品的性能和用途、服务的真实情况等。

本案主要涉及消费者有依法选择服务的权利。李某退房的理由是没有空调，但经消费者协会与双方共同现场查看，证实是有空调的，并且李某提出的当时15分钟内没有空调的其他可能性也无法拿出证据，因此经营者对消费者不构成欺诈行为。同时，消费者协会针对李某提出的宾馆开门就收半价有没有依据这一问题进行调查，经过询问物价部门，证实宾馆开门就收半价，既没有依据，也没有惯例。于是，消费者协会再组织双方进行调解，根据《消费者权益保护法》第9条的规定，消费者有权向经营者酒店请求赔偿，酒店应对其不履行法定义务的行为造成的损害后果承担赔偿责任。

35. 游客恶意利用客房电话频繁拨打信息咨询台，应怎样确定其损失赔偿？

【案情】

蔡某到某郊区参观期间，在某干部招待所登记住宿，住3号楼405室，住宿一天，之后，又五次到该所住宿，共住宿14天。客房里均有可拨打市内的电话。蔡某住宿期间，支付住宿费计741元。后该招待所在与邮电局结算电话费时，发现蔡某在上述住宿期间，通过客房电话频繁地拨打98160信息咨询声讯台，通话时间共计6016分钟，邮电局向该招待所收取了信息咨询服务费5822.7元。该招待所认为蔡某多次入住利用客房电话频繁拨打信息咨询台，目的在于恶意取得不正当利益，要求蔡某赔偿其所支出的该笔费用。于是该招待所向该市区人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告某招待所提出，蔡某登记住宿，即与招待所形成旅客住宿服务合同关系，双方应在该合同关系范围内行使权利、承担义务。招待所在客房设置可拨打市内的电话，其服务内容是给旅客提供在住宿期间与外界通信联络的便利。而98160台是专家热线咨询信息，超出住宿合同关系权利义务范围，违反了民事活动应当遵循的公平、等价有偿原则，蔡某对由此给招待所造成的信息费支出，应承担赔偿责任。

■被告蔡某提出，自己入所住宿时，该招待所并未告知不准使

用客房电话拨打信息台。因此蔡某花钱住宿就有权使用客房电话，故不应承担该笔电话费用。



【律师点评】

该案案情虽然简单，但争议颇大。住宿旅客作为消费者，无疑有权使用所住宿的客房电话。客房电话可拨打市内电话，而98160信息台也属于市内电话，且招待所未告知旅客不得拨打98160信息台。蔡某使用客房电话拨打信息台，是否应承担支付信息费的责任呢？从本案的具体情况看，蔡某家住当地，在一个月内6次入所住宿，频繁地、长时间地拨打98160台，14天内通话时间计6016分钟，产生信息费用5822.7元，大大超出其所支付的741元住宿费。招待所起诉的理由称蔡某此种行为是恶意的，并造成了显失公平的结果。本案可以依据《民法通则》第4条关于“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”的规定来处理。从旅客与旅店之间形成的住宿服务合同法律关系入手，应当认定蔡某使用客房电话获取专家热线咨询信息的行为，属于超出住宿服务合同权利义务内容的范围，滥用了权利，因此，蔡某对招待所已支付的信息费应承担赔偿责任。同时，招待所未告知旅客不得使用客房电话拨打信息台，造成服务工作失误，亦应承担一定的责任。

本案提供的事例表明，在大力维护消费者购买商品或接受服务时的合法权益的同时，我们也应当注意消费者利用合法形式做出违反诚实信用原则、恶意损害对方权益的行为。根据住宿合同的权利义务内容，旅客确实享有利用店方提供的住宿设备、设施享受服务的权利。但是，这一权利的行使，按照住宿的价格条件和通常的理解，旅客所享有的服务的价格是不会超过店方的住宿价格标准的，否则，就不会

存在旅店业这个行业。在本案中，按照法律上的公平原则，在合同关系中，双方的权利义务基本对等是合同的基础，一方享受的权利应与其所负担的对对方的义务大体是等值的。如本案这种旅客得到的利益大大超过其向店方支付的住宿费用的情况，是从根本上背离其价格条件、通常理解和合同基础的，蔡某的这种恶意拨打电话的行为是不能得到法律支持的。

本案蔡某的主观恶意是十分明显的，这从其行为可以推定。蔡某既然为本地市民，一般来说没有特殊情况不会在本地另行租住旅店的，而且在前后不到一个月的时间里，先后6次入住招待所客房，其行为已有反常之嫌。而其6次入住，均频繁地拨打收费信息咨询台，在住宿的总计时间里通话时间就达6016分钟，产生费用高达5822.7元，可以认定蔡某是利用了招待所电话为自己免费接听信息咨询服务，并钻了招待所未告知电话不能打这种电话的空子，有恶意损害他人的故意。蔡某的这种行为是与权利人不得利用权利损害他人原则相违背的，因此，蔡某应对由此给招待所造成的信息费支出，承担赔偿责任。

36. 消费者一定要履行照相馆规定的义务，才能取回底片吗?

【案情】

2007年5月15日，刘某、陈某一起到某照相馆拍摄艺术照，标价每套（刘某一套5张，陈某一套6张）是150元。刘某和陈某接受此价格，在拍摄完毕后，即付给150元“押金”（实为价款）。次日，当刘某和陈某一起到该处取照片，并索取全部底片时，照相馆的一名员工说：“如果你们每人多放大两张就可以取回全部底片。”该员工见两人不情愿，接着又说：“你们一起来，破例给你们每人再放大一张就可以取回全部底片。”为了能取回全部底片，两人便各拿出100元付给照相馆，再放大一张。5月19日，陈某再次到该处取照片，照相馆却只同意给放大的2张，其余7张底片拒不交还。陈某质问为何，员工回答：“若想取回全部底片，每人要再放大2张。”无奈，刘某和陈某遂向消费者协会投诉。经消费者协会派员与照相馆交涉，照相馆仍是拒不交出余下的7张底片。照相馆后来提出只要两人愿意每张付150元即可取回全部底片，但两人对此没有接受。另外，摆放在照相馆门口的《黑白照须知》注明：“凡在本摄影厅放大到24寸以上的给回此底片一张，其余不放大者，底片按每张150元计价（要底片者按此计算）。”于是，刘某和陈某向人民法院提起诉讼，诉称：照相馆非法扣押底片，已侵害了我们的肖像权和财产权，损害了我们作为消费者的合法权益，故请求法院判令照相馆立即归还非法扣押的7张底片，并赔礼道歉以及赔偿刘某和陈某的经济损失700元。

【争鸣】

■原告刘某和陈某提出，照相馆制定的《黑白照须知》的内容是违法的，该《黑白照须知》内容实质是法律明确禁止的格式合同。根据我国《消费者权益保护法》第24条的规定，其内容无效，没有法律约束力。刘某和陈某到该照相馆拍艺术照，双方形成一种服务合同关系。照相馆收取“押金”后，合同即告成立，照相馆便负有为刘某和陈某提供拍照服务，并按时、完整地将照片（包括底片）交还的义务。因此，照相馆无权扣押底片，应当立即返还底片，并赔偿两人的经济损失。

■被告照相馆提出，照相馆门口的《黑白照须知》已经清楚注明：“凡在本摄影厅放大到24寸以上的给回此底片一张，其余不放大者，底片按每张150元计价（要底片者按此计算）。”刘某和陈某到该馆照相，已经清楚地看到了该注明，而他们仍然照相便意味着他们接受了该规定。所以，刘某和陈某应当遵守该规定所注明的义务。



【律师点评】

本案是一起经营者利用格式合同侵害消费者权益的案件。所谓的格式条款就是指一方当事人为了重复使用而事先拟定的，并在订立合同时没有与对方协商的条款。消费者领域中的格式条款就是经营者预先拟定的条款而在消费者购买商品或接受服务时不允许消费者变更的条款，对该条款消费者要么接受，要么拒绝，没有讨价还价的余地。含有格式条款的合同就被称为格式合同。由于格式合同拟定以后可以多次使用，而且使缔约过程变得简单，节约了大量时间，因而具有效率高成本低的优势而得到广泛的应用。本案中为消费者提供拍照等方

面服务的是经营者，而接受服务的是消费者。因此，双方之间是消费与服务的关系。同时，刘某和陈某到该照相馆拍照，双方形成一种服务合同关系。收取“押金”后，合同即告成立，即照相馆应负有为刘某和陈某提供拍照服务，并保证按时、完整地将照片（含底片）交还的义务。

照相馆所制定的《黑白照须知》实际上就是一种格式条款，这种条款是否具有法律效力呢？我们从上面的叙述中知道格式条款的优点，同时，格式条款还有一定的弊端，提供格式合同的一方当事人一般具有较大的经济实力，而接受一方则处于弱势地位。就消费服务领域来讲，一般是由经营者来提供格式合同，消费者只能被动接受，如果合同里面包含一些对消费者不公平、不合理的条款，而消费者又不能与之讨价还价，在交易中就容易吃亏，造成消费者与经营者在事实上的不平等。而《消费者权益保护法》总则第4条规定了：“经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。”即将自愿平等作为保护消费者的基本原则。正是基于这种考虑，《消费者权益保护法》第24条规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”这是经营者的法定义务，不允许违反。

就本案而言，按照惯例，顾客到照相馆照相所交费用，包括照相的成本费用和服务费用等所有费用在内，其权利是取得正片（底片）和一定数量的负片，而最主要的是取得正片。因此，《黑白照须知》以顾客应放大到24寸以上才能取回此底片和对不放大的底片按每张150元计价让顾客买回的规定，违背了惯例，重复高价收取费用，并有强迫顾客与之进行不平等交易的故意。这对消费者来讲，是不公平、不合理的规定，根据《消费者权益保护法》第24条，其内容无效。

37. 承诺为顾客免费办理保险但未办理的，责任如何承担？

【案情】

某商场为了吸引顾客购买电脑，在大门口及家电柜台等醒目处刊登广告，广告中宣传：凡两个月之内在本商场购买电脑者，本商场将在购买之日免费为其办理保险期为两年、保险金额为2.5万元的家庭财产保险。同时，该商场还在当地报刊上刊登了内容相同的广告。5月，顾客沈某到该商场购买了一台电脑，因店员疏忽未给沈某办理家庭财产保险手续。沈某将电脑搬运回家后想起未办理财产保险手续，但因第二天要到外地出差，心想过几天后再补办也不迟，于是就没有再补办保险手续。但是，在他出差的第三天夜里，家中遭窃，包括该电脑等家用电器被洗劫一空，总价值5.8万余元。沈某找到某商场，要求某商场按照刊登广告的内容赔偿其损失，某商场经调查后发现，沈某在购买电脑时，并没有办理家庭财产保险手续，于是拒绝为沈某的电脑赔偿损失。双方为此发生争执，沈某遂起诉至人民法院，请求法院判令某商场承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告沈某提出，某商场为了促销商品，在广告中打出免费为购买电脑者办理保险期为两年、保险金额为2.5万元的家庭财产保险，但沈某在某商场购买电脑后，店员因疏忽而未给沈某办理家庭财产保险手续，对此，某商场有过错，应当承担赔偿责任。

■被告某商场提出，某商场所做的广告表明的是一种单方赠与的意思表示，而赠与是一种合同关系，它的成立不仅需要赠与人表示把自己的财产无偿赠给受赠人，而且还需要受赠人表示同意接受，这是一种双方的法律行为。同时，赠与合同是一种实践合同，这种合同表明只有在赠与人实际交付赠与物给受赠人以后，该合同才生效。而本案中仅仅有某商场免费办理家庭财产保险的单方意思表示，却没有沈某接受赠与及双方实际办妥保险手续的行为。可见，该赠与合同并未成立。况且，我国法律还规定，赠与合同成立前，赠与方可以随时撤销自己的赠与承诺。在本案中，某商场不同意赔偿沈某的损失，实则是撤销赠与的意思表示，因此沈某无权要求某商场承担赔偿责任。



【律师点评】

《合同法》第13条规定："当事人订立合同，采取要约、承诺方式。"第14条规定："要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：（一）内容具体确定；（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。"第15条规定："要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。"第21条规定："承诺是受要约人同意要约的意思表示。"要约与要约邀请的区别主要有：(1) 要约是当事人自己主动愿意缔结合同的意思表示，而要约邀请是当事人表达某种意愿的事实行为，其内容是希望对方主动向自己提出缔结合同的意思表示。(2) 要约中含有当事人表示愿意承受要约约束的意旨，要约人将自己置于一旦对方承诺合同即可成立的无可选择的地位，而要约邀请则不含有当事人表示愿意承受约束的意思，要约邀请人希望将自己

处于一种可以选择的是否接受对方要约的地位。要约邀请本身无任何法律意义。(3) 要约的内容必须具备足以使合同成立的主要条件，而要约邀请则不具备足以使合同成立的主要条件。

就一般商业广告而言，其性质上属于要约邀请，因为它没有明确的订约意图，不包含合同的主要条款，很难满足一经承诺即成为合同的要约要件。在本案中，某商场在所做广告中宣传凡两个月之内在本商场购买电脑者，本商场将在购买之日免费为其办理保险期为两年、保险金额为2.5万元的家庭财产保险，这是完全符合要约的构成要件的。而且，某商场的广告还明确约定了承诺的时间是两个月之内，承诺的方式是受要约人在该商场有购买电脑的行为。这种承诺方式是法律所允许的，《合同法》第22条规定："承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。"可见，要约可约定通过行为作出承诺。所以，在本案中，对于任何一位在规定的时间内在该商场购买电脑的顾客来说，都与某商场订立了合同——某商场为其免费办理家庭财产保险。

《合同法》第185条规定："赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。"第186条规定："赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。"《保险法》第10条规定："保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。"投保人是指与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。赠与合同是指当事人约定一方当事人将自己所有的财产无偿转移于另一方当事人的合同。转移财产的一方当事人为赠与人，接受财产的一方当事人为受赠人。赠与合同的实质在于转移财产所有权。根据《合同法》第185条的规定，赠与合同是诺成合同，只要赠与人有赠与的意思，

受赠人有接受赠与的意思，赠与合同即告成立。在本案中，某商场向顾客赠与的意思已通过其广告表明，而沈某也通过购买行为表明了自己愿意接受赠与的意思，该赠与合同已经成立。沈某购买电脑的买卖合同与某商场为顾客办理保险的合同在性质上属于主从合同。买卖合同是主合同，它的成立和生效决定了从合同——办理保险的合同的成立和生效。买卖合同不存在，那么办理保险的从合同也不会单独存在。因此在本案中，沈某在某商场购买了电脑后，因买卖合同已成立并生效，所以他与某商场之间的办理保险的从合同也就成立和生效了。某商场有义务为沈某免费办理家庭财产保险，这一义务是合同所约定的强制性义务，某商场无权拒绝履行其应当承担的为沈某免费办理家庭财产保险的义务。而某商场因工作人员的疏忽，未给沈某办理家庭财产保险，因此，某商场应当承担违约责任。

《民法通则》第112条规定："当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。当事人可以在合同中约定，一方违反合同时，向另一方支付一定数额的违约金；也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。"《合同法》第107条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。"第113条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。"损害赔偿责任是指加害人因侵权行为造成他人财产或人身损害依法承担的赔偿受害人所受损失的民事责任。损害赔偿作为一种民事责任，是加害人所应承担的一种不利的法律后果。由于违约损害赔偿责任的目的在于补偿受

害人所遭受的损失，通过赔偿使受害人恢复到合同订立前的状态，或恢复到合同如期履行的状态，我国《合同法》即采纳了该原则。

在本案中，某商场如果履行合同义务，那么沈某可以获得保险期为两年、保险金额为2.5万元的保险利益，这是某商场在订立合同时明确约定的，是订立合同时已预见到的，所以它不能仅仅赔偿保险费。《合同法》第119条规定："当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。"第120条规定："当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。"沈某将电脑搬运回家才想起未办理财产保险手续，但又心想几天后再补办也不迟，于是就没有再补办保险手续。可见，沈某对自己过于自信，对于其损失也有过错。因此，应由某商场和沈某共同承担损失，因某商场在从合同中承担着主要义务，所以由某商场承担主要责任，沈某承担次要责任。

消费者财产安全纠纷



38. 格式合同规定货物丢失按运价的三倍赔付，是否有效?

【案情】

2007 年 9 月，魏某从严某经营的电讯经营部购买了一部手机，但该手机在 10 月便发生故障，于是魏某便将手机交回严某处进行修理。严某将手机用盒子包装好交给华某经营的某汽车货运配载站从甲地送到乙地经营部修理，严某支付了运费 10 元。华某交给严某货物签收单第 3 联，在该货物签收单上，注明了“货物按实际价值保险，如遇意外本站按保价赔偿（未投保发生意外，本站按运价的三倍赔付)”的格式条款。华某在运输过程中将严某托运的手机遗失，严某赔偿魏某一部新手机。严某便向华某要求赔偿，但华某拒绝了严某的要求，双方为此发生纠纷。严某遂起诉至人民法院，请求法院判令华某对严某的损失承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告严某提出，承运人华某以格式条款形式将保价与赔偿损失混为一谈，试图免除对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，因此，该格式条款是无效条款。华某对于未投保发生意外，只能按运价的三倍赔付，这一条款实际上是为减轻自己的赔偿责任而加重托运人的负担，因为运价 10 元的三倍即 30 元，与手机的价值相去甚远，所以，该条款违反了公平原则，损害了托运人的合法权利，格式条款不发生法律效力。华某应当按实际损失对自己作出赔偿。

■ 被告华某提出，自己与严某之间的约定合法有效，未违反法

律和行政法规，也不属于《合同法》第53条规定的免责条款。因为该条款并非属于免除承运人的丢货赔偿责任，而是指托运物品必须投保的意思。如未投保，货物丢失，承运人仍应承担运价三倍负担赔偿责任，因此，这种约定并未免除承运人的责任。另一方面，这种约定有利于货物丢失时，减少双方不必要的争议和预防发生不守信用的“失廉索贵”现象。所以，货物签收单的格式条款应当认定为有效。



【律师点评】

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。《合同法》第39条规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”其中提请注意义务是格式合同使用人的一项非常重要的义务。使用人在提请注意时必须达到相当的程度以至于足以使相对人注意到免责条款。另外，在提请同时还要对该条款予以说明。第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”格式条款总是由一方当事人在未与对方协商的情况下事先拟定，重复地使用。由于格式合同具备可重复使用之特点，在经济往来中被大量使用，这便使得格式合同存在许多弊端。提供商品或服务的一方在拟定格式合同时，往往会利用自己的优势地位，将一些有利自己而不利于对方或普通消费者的条款订入合同，提供这样的合同条款让自己享有较多的权利，承担较少的义务和责任；使对方或普通消费者享有较少的权利承担较多的义务和责任。

因此《合同法》明确要求格式条款应遵循公平原则来确定当事人之间的权利和义务。

在本案中，华某出具的货物签收单中规定“货物必须按实际价值保险，如遇意外损失本站按保价赔偿”，该约定是否有效呢？《合同法》第311条规定：“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。”从该条规定可以看出，承运人要对运输过程中货物的毁损、灭失承担风险责任。承运人的免责事由只有因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，承运人才不承担损害赔偿责任。而对托运人或货物所有人来讲，当货物在运输过程中因非免责事由而发生毁损、灭失，托运人或货物所有人便可向承运人主张赔偿。在货物运输合同中，承运人承担运输过程中货物的毁损、灭失风险责任是法定义务，《合同法》未规定可以由合同当事人另行约定，将风险责任转移给托运人或货物所有人承担。只有这样，承运人才能加强保证货物安全的责任心。货物运输关系与保险合同关系是两个不同的法律关系。如果托运人同时给货物进行了投保，托运人与保险人形成保险合同关系，若货物在运输过程中发生了保险合同约定的意外损失时，投保人依保险合同可向保险人主张理赔，如果保险金额不足以赔偿货物的实际损失，托运人对不足的部分仍有权向承运人主张权利。在本案中，承运人华某以格式条款形式将保价与赔偿损失混为一谈，试图免除对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，因此，货物签收单中规定“货物必须按实际价值保险，如遇意外损失本站按保价赔偿”的条款为无效条款。

其次，对货物签收单“未投保发生意外，本站按运价的三倍赔付”的约定是否有效？《合同法》第312条规定：“货物的毁损、灭

失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。”在货运合同中，当事人可以对货物的毁损、灭失的赔偿额进行约定，但从该条款可以看出，承运人对于“未投保发生意外，只能按运价的三倍赔付”的条款是为减轻自己的赔偿责任而加重托运人的负担，因为运价10元的三倍即30元，与手机的价值相差甚远，所以，该条款违反了公平原则，损害了托运人的合法权利。另外，在货物运输合同中，承运人华某能不能要求托运人严某强制保险？在国内的货物运输合同，托运人对货物进行保险是任意性的，因为托运人可基于两点考虑：一是如前面所述，风险责任本来就是由承运人负担，交纳保费只能增加成本，因此不愿意投保。二是货物运输合同常常与货物买卖合同同时发生，根据《合同法》第145条规定：当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第141条第2款第1项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。因此，托运人（出卖人）只要办理了货物托运手续后，将货物交付给承运人时，便完成了买卖关系。是否要投保，义务不在于托运人。对于国内的货物运输合同，法律未明确也不允许要求托运人强制保险，因此，在本案中，华某以格式条款形式要求托运人严某投保，违反法律、行政法规的强制性规定。

综上所述，根据《合同法》第40条规定：格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。《消费者权益保护法》第24条规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店

堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”在本案中，应当认定货物签收单上注明“货物按实际价值保险，如遇意外本站按保价赔偿（未投保发生意外，本站按运价的三倍赔付）”的格式条款是无效的，华某应当对严某的损失予以赔偿。

39. 因提前恢复供水导致用户财产损失的，应否赔偿？

【案情】

邹某是某小区居民。2007 年 8 月上旬，当地某自来水公司在该小区张贴了《停水通知》，称“因管道维修，定于某日 12：00 至 18：00停水”。当日下午，邹某欲烧开水，打开水阀放水未果，却没有及时关上。而自来水公司管道维修提前完工，于当日 15：00 提前恢复供水。当时，邹某家中无人，未关上的水阀中自来水直往外溢，造成室内被淹。邹某认为某自来水公司未事先通知居民即恢复供水，是造成其财产损害的直接原因，遂向自来水公司索要赔偿。某自来水公司认为自己没有提前供水的通知义务，邹某的财产损失是其自身疏忽大意造成的，拒绝给予赔偿。在双方无法协商一致的情况下，邹某向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告邹某提出，自己由于过失未及时关闭自来水阀是事实，但自来水公司提前供水，系违约行为，是造成财产损失的直接原因，故邹某的财产损失应由自来水公司赔偿。

■ 被告自来水公司提出，公司对停水行为有通知义务，但对恢复供水及提前恢复供水法律没有规定通知义务。况且提前供水是一种出于公益目的的积极善意行为，主观上没有过错，不应承担赔偿责任。



【律师点评】

《合同法》第184条规定："供用水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。"第179条规定："供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。"第180条规定："供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。"第181条规定："因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。"

在本案中，自来水公司与居民之间是供用水合同关系，这种合同属于格式合同的范畴，应当参照《合同法》关于供用电合同的规定来确定当事人双方的权利义务。自来水公司有按合同保证供水的义务。停水通知，仅是在履行合同过程中，出现法律准许暂停履行合同义务的特殊情况下，自来水公司依法履行的停水告知义务。通知中的6小时是暂停履行合同义务所允许最长停水期限，而非必须停止供水期间。停止6小时供水只是对暂停履行合同义务的时限限制，目的一是制约自来水公司暂停履行合同义务的时间；二是让居民住户作好准备，备足所需要的用水，保障居民停水期间的用水需要。通知停水6小时不是双方作出的必须停足6小时供水的约定。因此，供水是自来水公司应当履行的义务，提前恢复供水是一种有利于公益，有利于生产、生活的积极行为，自来水公司主观上没有过错，客观上与法不悖。至于提前恢复供水是否需要先行通知或告知，我国法律没有规定提前恢复供水必须履行先行通知或告知义务，恢复供水如果需要先行

通知，则必然导致恢复供水的延迟，不利于公共利益，提前恢复供水没有过错。简言之，停水不是自来水公司的合同义务。因此，本案中的停水通知不属于狭义合同范畴，不具有真正的合同意义，不是一份独立的法律意义上的合同，所告知的6小时停水不是合同约定义务，提前恢复供水不存在违约。

提前恢复供水行为并不会必然地导致财产损害的发生，在此意义上，提前恢复供水仅是产生损害发生的条件。而本案中的损害后果，是由于提前恢复供水和被告邹某的未及时关水阀两个因素共同叠加才造成的，故可以说本案属于两因一果的关系。而在两个因素中未及时关闭水阀则是具有过错的、主要的、根本的、直接的原因。根据侵权理论，原因对结果承担责任的前提条件是侵权人有过错，因果关系仅是承担责任的必要条件之一，而并非是充分条件。本案中虽然自来水公司的行为是造成损害原因之一，但其行为没有过错，也不侵权，故不符合承担责任的条件。同时，用户具有注意安全义务，本案中邹某自己有过错。注意安全是每一个公民的义务。停水通知无论从形式和内容上看，都没有免除用户的注意安全义务。在邹某欲烧开水而发现停水后，应当能预见到自来水阀不关的后果，也应当预见到停水后可能会提前供水。其应当预见而未预见，疏忽大意不关水阀，具有过错，由此造成的损失应当由邹某自行承担。

40. 顾客存放在自助储物柜内的物品丢失，能否要求超市赔偿？

【案情】

某日，金某下班后到一超市购物。该超市为方便顾客存放随身物品，设置了大量自助储物柜。自助储物柜上贴有“操作步骤”及“寄存须知”。操作步骤：1. 将柜门关上；2. 从投币口投币；3. 取出密码纸，勿向他人展示密码；4. 包放入箱内；5. 关门，保留好密码纸。取包步骤：1. 输入密码；2. 取出物品；3. 关门。在寄存须知中说明：1. 不会使用自助储物柜应当向管理员请教；2. 贵重物品及现金（价值500元以上）不得寄存；3. 密码纸只能使用一次。金某将手提包存入了自助储物柜。购物结束后，金某到自助储物柜处取包时发现，其所持的密码条无法打开储物柜。金某要求超市给予解决，并声称柜内手提包中有MP4等价值2000余元的物品。超市工作人员按照操作步骤打开该储物柜，发现里面并没有金某的手提包。金某认为自己的手提包在超市内丢失，超市应当赔偿，双方协商未果后，金某到当地派出所报案。派出所调解未果后，金某诉至法院，要求超市赔偿手提包失窃造成的财产损失。

【争鸣】

■原告金某提出，超市提供的自助储物柜虽然是无偿的，但它是为实现赢利目的向消费者提供服务的一部分，是为其商品销售目的提供的一种配套服务。就此而言，它属于经营者向消费者提供的一种

服务，作为服务，本身应当保障顾客接受服务时的安全。同时，顾客到超市购物过程中存放随身物品，双方形成的是保管合同的关系。根据《合同法》关于“保管人应当妥善保管保管物”、“保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任”的规定，超市理应保障顾客在购物场所的人身和财产安全。自己当天是按照密码纸上的操作步骤正常开关门，当时没有发现异常。现在手提包被窃，表明超市没有充分保障顾客的财产安全，提供的自助储物柜被盗致使消费者的利益受损，应当承担损害赔偿责任。

■ 被告超市提出，超市作为经营场所，本身有安全保障的义务，但超市的安全保障义务应当是有限的，不能无限扩大。本案中，超市在自助储物柜上明示了操作步骤和注意事项，已经尽到了提示的义务，不应当再承担责任。而且该超市提供的自助储物柜虽然有“寄存”的字样，但超市同时声明：“本超市实行自存自取，如有遗失概不负责”、“贵重物品及现金不得寄存”，这些声明表明这种寄存行为并不是保管的关系。超市提供的自助储物柜是无偿提供给顾客使用的，双方是无偿的借用关系。超市已经通过使用须知告知顾客自助储物柜的使用方法和需要注意的事项，因此，对于金某的损失，超市不应负责。金某当天在超市购物，其提供的密码纸只能证明金某可能曾经使用自助储物柜，至于是不是真的把包存在柜内，包是不是已经取出，都没有证据。



【律师点评】

本案是一起日常生活中比较常见的超市储物丢失引起的法律纠纷。在现代社会生活中，大型超市为了方便顾客购物和卖场的货品管理，普遍都提供免费的物品寄存服务。设置免费的寄存服务是为了让

顾客感到方便，吸引顾客到超市内购物消费。可以说，免费的寄存服务已经成为了大型超市吸引顾客的不可或缺的一项服务。但在寄存物品的过程中发生丢失，引起纠纷的情况也越来越多。在处理此类纠纷的过程中，有些消费者认为，只要是自己寄存在超市的物品丢失，超市就应当赔偿责任。这是一种法律责任认识上的误区。超市应否对消费者的财产损失承担赔偿责任，取决于双方在寄存物品过程中形成的法律关系的性质和当事人双方对于物品丢失所具有的过错。如果超市一方已经尽到了注意义务，物品丢失是由于顾客自身的疏忽或违反寄存的规定造成的，责任就应当由顾客自行承担。因此，正确认识在超市存物过程中经营者和消费者双方所应具有的权利和义务是非常重要的。

《合同法》第365条规定："保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。"第367条规定："保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。"由此可见，保管合同为实践合同，应当以保管物的交付为其成立条件。即保管合同的成立，不仅须有当事人双方意思表示的一致，还须有寄存人将保管物交付于保管人的行为。而对于借用的行为，法律本身没有明确的规定，通常将其定义为："当事人一方以物无偿贷于他方使用，他方使用后返还其物之契约。"对比起来，保管合同与借用合同在交付方向、交付对象方面截然不同。用于本案中，如果构成保管合同关系，则应当是顾客向超市交付所带物品，由超市占有并保管；如果构成借用关系，应当是由超市向顾客交付借用物，也就是储物柜，由顾客占有、控制和使用。

在本案中，首先超市无法对顾客的物品进行控制占有，不符合保管合同保管物转移的特征。其次，顾客自行控制自助储物柜，从而实现对借用物的占有。顾客可以根据自己的意思随时开启储物柜，存放物品，也可以在不通过超市的情况下随意取走存放的物品。第三，从

自助储物柜的使用规则来看，只要将储物柜进行一次正常的开关，不管是否将物品放入柜内，储物柜都会打印密码纸。自助储物柜输出的密码纸仅代表超市借用给顾客储物柜的凭证，而不是该超市向顾客出具的保管物品的凭证。因此，双方形成的是借用储物柜的关系，而不是保管物品的关系。此外，这里还存在合同的名称与实质内容不符的问题。自助储物柜就是名为寄存，实为借用。对于这种名实不符的情况，司法实践中还是要以合同的实质要件和实际内容确定合同的性质。因此，当事人双方形成的是借用的合同关系。

超市作为商品零售企业，属于我国《消费者权益保护法》上所指的向消费者提供商品服务的经营者。金某到超市购物，是一种消费行为，金某因此行为而成为该法所指的消费者。双方之间存在提供消费服务和接受服务的法律关系，应当根据《消费者权益保护法》来确定双方各自的权利义务范围。根据《消费者权益保护法》第18条的规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。"由此可见，该超市对其向顾客提供的自助储物柜负有一定的义务，这也是界定超市责任时必须考虑的因素。

从本案的事实看，该超市已经尽到了上述的说明、注意、谨慎管理等义务。首先，超市在"寄存须知"中要求使用者看清"操作步骤"和"寄存须知"，不会使用者向管理员请教后再操作，这表明超市已经告知消费者使用方法。其次，生产自助储物柜的厂家在储物柜上已经明示不得放入现金及贵重物品，超市也在醒目处通过"免费自助储物柜注意事项"中对此作了说明，要求顾客寄存物品价值不得超过500元。该行为应当视为超市向消费者对可能危及财产安全的服务作出了真实的说明和明确的警示。第三，在与消费者构成的借用

法律关系当中，超市尽到了出借人的谨慎管理义务，保证出借设施的完好与安全，这表现在自助储物柜外观上没有被撬压的痕迹，自身质量不存在瑕疵。因此，在本案的自助储物柜的借用关系中，超市对自助储物柜已经尽到必要的说明、注意义务与管理责任，金某丢失物品并不是因为超市的故意或者重大过失所致。在这种情况下，就不能再要求超市对自助储物柜内的物品安全负完全的责任。但超市应当根据公平的原则对顾客的损失承担适当比例的责任，如在超市规定的寄存物品价值不得超过500元的范围内给予补偿。

41. 免费停车，是否成立保管合同？

【案情】

2008年“十一”期间，某企业职工章某外出旅游，入住某宾馆，并在住宿的当天将一辆春兰牌摩托车托付宾馆的值班保安员保管。保安员答应为章某保管摩托车，并将摩托车停放在该宾馆的停车场。次日早晨，章某去停车场取车时发现摩托车失窃，章某遂要求该宾馆进行赔偿。而宾馆认为其没有保管摩托车的义务，只是出于为旅客提供方便，才为章某无偿保管。摩托车丢失的责任不在宾馆，况且宾馆并未就保管摩托车收取任何费用，不应由宾馆承担责任。章某于是向法院提起诉讼，要求宾馆赔偿摩托车丢失的损失。

【争鸣】

■ 原告章某提出，自己在住宿期间将车辆交宾馆工作人员保管，由此与宾馆之间形成了保管合同关系。宾馆属商业经营场所，对旅客寄存的物品，即使是无偿的，也应尽善良管理人的注意义务。被保管物有灭失或毁损的，只要宾馆存在故意或重大过失就要承担赔偿责任。宾馆因重大过失致使摩托车被盗，应该承担赔偿责任。

■ 被告某宾馆提出，宾馆没有保管摩托车的义务，双方形成的是场地使用合同关系，而且是无偿的。无偿合同的义务人仅对因自身故意而引起的损害负赔偿责任。因此，宾馆对摩托车的丢失不负任何责任。



【律师点评】

因免费停放在宾馆、高档饭店或浴室等场所的车辆被盗而引发的纠纷近年来时有发生，解决这类纠纷的首要问题是明确此类免费停车的法律性质。经营者为方便顾客而提供停车场所，顾客将车辆停放在经营者泊位，便建立了一种权利义务关系。那么此种关系是车辆保管关系还是场地使用关系呢？正确确定其性质，对纠纷的处理具有重要的意义。倘若这一关系被确认为保管关系，那么车辆停放在停车场遭窃，提供场所的主人须承担赔偿责任；倘若被确认为场地使用关系，经营者对停放在停车场内的车辆无保管之义务，车辆被窃后经营者无赔偿责任。现行法律对上述关系的定性无明文规定，但一般认为，宾馆、旅社、饮食店等场所因往来顾客旅客众多，人员复杂，出入频繁，旅客、顾客携带的物品不易保管，不安全因素较大，而从事宾馆、旅社业、餐饮业的场主通过经营活动可获较大利润，一般法律均要求场主对旅客和顾客的人身、财产安全负责。对旅客、顾客随身携带物品的毁损、灭失负赔偿之责。

保管合同，又称寄托合同、寄存合同，它是指双方当事人约定一方当事人保管另一方当事人交付的物品，并返还该物的合同，其中保管物品的一方为保管人或称受寄托人，其所保管的物品为保管物，交付物品保管的一方为寄托人或寄存人。《合同法》对保管合同加以明确规定，使保管合同成为独立的有名合同。它具有下列特征：第一，保管合同为实践合同。保管合同的成立，不仅须有当事人双方的意思表示一致，而且须有寄托人将保管物交付给保管人的行为。根据《合同法》第367条规定，我国认为保管合同原则上是实践合同，即除非当事人另有约定，否则保管合同以保管物交付为其成立条件。在社会生活中，以保管物交付才使保管合同成立的情况占绝大多数。如

常见的寄存处，都是以保管物的交付作为保管合同成立条件的。在保管物交付前，寄存人改变主意不交付，或保管人改变主意不接受保管物，除非当事人事前订有特别约定，否则当事人不能强制对方履行或请求法院追究其责任。第二，保管合同原则上为无偿合同。我国《合同法》第366条第2款规定：“当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。”第61条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”据此可知，保管合同既可以是有偿的，也可以是无偿的，是否有偿，依当事人约定；当事人没有约定或约定不明，也无法达成协议的，依合同意旨或惯例也无法确定的，保管合同是无偿的。保管合同只要有保管物的实际交付就告成立，不要求当事人必须采取某种特定的形式。当事人有权选择合同形式，如口头形式、书面形式、公证形式等。在现实生活中，大量的保管合同也以格式合同的形式出现。第三，保管合同的目的是保管物品。保管合同的直接目的是由保管人保管物品，而不是使保管人获得保管物的使用权或所有权。因此保管合同的标的是保管人的保管行为。保管人应将保管物置于自己的保管范围之内，维持其原状。保管人不能对保管物改变或加以利用，也不能许可第三人改变或加以利用，当事人事先约定可以利用的不受此限。

保管合同中，保管人的义务主要包括以下内容：第一，给付保管凭证的义务。根据《合同法》第368条的规定：寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。可见，除非另有交易习惯，寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证。保管凭证的给付并非保管合同的成立要件，也非保管合同的书面形式，仅是证明保管合同关系存在的凭证。第二，对保管标的物应尽妥善保管义务。妥善保管是指保管人在进行保管时，应在

其条件许可范围内尽注意义务。具体而言，其注意程度依合同的有偿或无偿而有所差别。对于无偿保管合同，保管人应尽保管自己所有物同样的注意；而对于有偿保管合同，保管人应尽善良管理人的注意，因为在这类商事营业场所里，营业所得利润已包含了替客人保存物品，应由客人支付的费用，因此，保管实际上并非是无偿的。但顾客对货币、有价证券及其他贵重物品在寄存时应予以声明而未声明的，保管人对该物品的毁损、灭失，可按一般物品予以赔偿（《合同法》第375条）。但保管人有故意或重大过失的除外。第三，除另有约定外，保管人不得使用或者许可第三人使用保管物（《合同法》第372条）。如果保管人未经寄存人同意、也非保管物的性质所必要而擅自使用保管物或者允许第三人使用保管物的，无论保管人主观上有无过错，均应向寄存人支付相应的报酬，以资补偿。报酬的数额可以比照租金标准计算，保管物为金钱的，保管人应至使用之日起支付利息。此外，除另有约定或保管人因患病等特殊事由不能亲自履行保管行为外，保管人必须亲自履行保管行为，不得将该义务转委托他人。保管人违反此项规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担损害赔偿责任。但保管人可以请辅助人保管，辅助人的行为等同于保管人行为，辅助人的故意或过失引起保管物的毁损、灭失，应由保管人负责。最后，保管的场所和方法是保管行为的一个重要内容，如当事人没有约定，则保管人应以相当的注意程度，根据保管物的性质、合同旨意和诚实信用原则，选择适当的场所和方法。第四，保管人负有返还保管物的义务。在保管合同期限届满或终止时，保管人应及时返还保管物。合同没有规定返还期限的，保管人可以随时返还，寄存人也可以随时要求返还。如果保管合同规定有返还期限的，则保管人非因不得已的事由不得要求提前返还。但寄存人可以在期限届满前随时要求返还；若因此而给保管人造成损失，寄存人应当给予补偿（《合同法》第377条）。需要注意的是保管人返还的物品应为

原物，原物生有孳息的，保管人还应返还保管期间的原物孳息。若保管物为不动产，保管人应在不动产所在地返还；若保管物为动产，返还地点应在保管地，保管人并没有送交的义务，但当事人另有约定的除外。第五，危险通知义务。在出现寄存人寄存的保管物因第三人或自然原因可能会失去的危险情形时，应立即通知寄存人。在第三人对保管物主张权利、提起诉讼或实行扣押时，保管人应立即将该情势通知寄存人。在保管物受到意外毁损、灭失或者保管物的危险程度增长时，保管人也应将有关情况通知寄存人。

从本案的事实看，章某托付宾馆值班的保安员看管摩托车，并已将摩托车交付张某停放在宾馆的停车场，保管合同成立。宾馆属商业经营场所，对旅客寄存的物品，即使是无偿的，也应尽善良管理人的注意，否则就应对保管物的毁损、灭失承担赔偿责任。《合同法》第374条规定："保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。"由于宾馆未尽职，致使摩托车丢失，宾馆存在重大过失，虽然宾馆是无偿保管摩托车，但依法应由宾馆承担赔偿责任。

42. 车内物品被盗，酒楼是否赔偿？

【案情】

某日，顾某驾驶一辆汽车到某酒楼就餐，按照停车场管理人员的安排，顾某将车停放在酒楼的停车场。当他吃完饭准备离开时，却发现车的后右侧门玻璃被砸。顾某当即报警，派出所民警到现场排查，并拍摄了汽车玻璃被砸的现场照片。顾某称车内两个包被盗，其中一个公文包为花花公子牌，价值450元，包内有现金1000元，计算器一个、客户资料和单位公章及其他资料；另一普通包内有公司资料、国内外客户及亲朋通讯录、两件进口量具等，公安部门认定直接损失为2500元。因公安机关未侦破此案，顾某与酒楼交涉赔偿事宜未果，之后顾某将某酒楼诉至法院，要求其赔偿各项经济损失共38805元，并赔礼道歉。

【争鸣】

■原告顾某提出，某酒楼作为大型餐饮有限公司，对顾客的人身财产安全负有一定的保护义务，顾某按照某酒楼停车场管理员指定位置停车，某酒楼应对车辆进行正当的安全管理，由于某酒楼管理的疏忽，造成汽车玻璃被砸，给顾某造成较大的经济损失，某酒楼对此应予赔偿，并应就此向顾某赔礼道歉。

■被告某酒楼提出，安排停车的是酒楼引导员而不是保安员，酒楼也未收取顾某停车费，故对顾某的车辆不承担保管义务。而且引导员已经提示顾某注意保管好随身所带贵重物品，也就是履行了

自己应当履行的提示义务，所以不应承担任何赔偿责任。某酒楼同时认为，顾某所说的丢失现金2500元，以及丢失公章造成经济合同不能签订损失3万余元等，缺乏令人信服的证据证实，对此不予认可。



【律师点评】

本案是一起因消费者在就餐过程中发生了经营者以外的第三人对消费者造成的财产损害而引发的消费者向经营者索赔的诉讼，涉及的是经营者与消费者之间履行服务合同过程中产生的财产损失承担问题，焦点是顾某到某酒楼就餐时将车停在酒楼指定的停车场，车被第三者损坏并丢失财物，酒楼应否承担赔偿责任。

本案中顾某到某酒楼就餐，两者之间便形成了消费服务合同关系。就餐的同时某酒楼为顾某提供停车场所并为顾某安排停车，以及保护顾某的车物安全也便成为双方服务合同内容的一部分，是附属于就餐主消费关系的附属型服务。这种附属型消费服务并非像经营者声称的那样“免费”，其费用实际上是计入了经营成本中的，是经营者提供的综合服务设施和服务环境的一部分，是“属于服务合同的延伸”。《消费者权益保护法》第7条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。”第11条规定：“消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。”第35条规定：“消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。”由以上规定可以看出，本案中顾某作为消费者在接受停车就餐服务时，依法享有人身、财产安全不受损害的权利；当合法权益受到侵害时，依法享有向服务者要求赔偿的权利。酒楼作为经营者，理应对停放在自己停车场内的

顾某财产负有合理限度内的安全保障义务，由于酒楼在保障顾客财产安全方面，存在服务瑕疵，未完全尽到经营者在合理限度范围的安全保障义务，致使顾某财产权受到侵害，理应承担相应的民事赔偿责任。

接下来的问题是，应当如何确定酒楼的赔偿数额？本案中顾某诉请赔偿范围包括车内丢失物品与汽车玻璃重装两部分直接损失，还有因丢失公章造成经济合同不能签订的3万元间接损失。《合同法》第113条第1款规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。"对于顾某主张的3万元间接损失，某酒楼一方在与消费者订立服务合同时应当是不可能预见的，故此间接损失不应属于违约赔偿范围之内。对顾某主张的另外两项直接损失按以上规定，本是应该得到赔偿的。但是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"本案中顾某对自己提出的要求某酒楼赔偿的所有损失有责任提供证据加以证明。由于顾某未能提供有力证据证实车内丢失物品的存在及价值，因而顾某承担了不利后果。本案中因顾某举证不能，因此对车内丢失物品赔偿的主张不能支持，而仅对有证据支持的汽车被损重新安装玻璃的损失给予了判决支持。

在此提醒广大消费者，维权固然重要，更重要的是要依法。根据《合同法》第122条规定，本案中顾某既可依据侵权关系选择向实际加害侵权人请求赔偿，也可依据《消费者权益保护法》选择服务合同相对方给予违约赔偿。此案顾某起诉酒楼经营者赔付相关损失，是

符合法律规定的。另根据《民事诉讼法》第64条“谁主张，谁举证”的原则，消费者在主张权利的同时，一定要在法定期限内向法院提交充分确凿的证据支持自己的诉讼请求，否则是要承担败诉风险的。本案中顾某依法只获得了部分赔偿，其原因就在于此。

43. 在自助餐厅丢包，餐厅是否应当赔偿？

【案情】

云某到某自助餐厅就餐。在到陈列台取食物时，云某将随身携带的皮包放在选定的餐桌上占位置。当云某取完食物回到餐桌时，发现皮包丢失。云某立即向餐厅服务员询问，服务员称没有注意到餐桌上的皮包。云某又找到餐厅负责人，要求赔偿自己丢失的财物。该餐厅负责人认为，在餐厅店堂内张贴有提醒顾客注意保管自己财物的标语，餐厅已经尽到了警示义务。该餐厅不负责替顾客保管物品，因此，云某丢失财物与该餐厅无关。云某遂向当地人民法院提起诉讼，要求该自助餐厅承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告云某提出，根据《消费者权益保护法》第7条的规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。"云某到自助餐厅就餐，自助餐厅在为其提供服务时应当符合保障其人身、财产安全的要求，保证其随身携带的财物的安全。云某的皮包丢失，应当由该自助餐厅承担赔偿责任。

■ 被告自助餐厅提出，自助餐厅在店堂内张贴了提醒顾客注意保管自己财物的标语，已经尽到了对顾客的警示义务。该餐厅不负责保管顾客的财物，即在其提供服务的过程中不承担对顾客财物的附随保管义务。事实上，云某在到该自助餐厅就餐时，也并未将随身携带

的皮包交给餐厅保管。因此，云某在就餐的过程中财物丢失，不应当由自助餐厅承担赔偿责任。



【律师点评】

本案涉及自助餐厅在提供餐饮服务的过程中，对消费者承担的附随义务是否包括保管顾客随身携带的财物。我国《合同法》第60条规定："当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"本条即是对合同双方履约过程中附随义务的规定。所谓附随义务，是指合同当事人在合同订立和履行的过程中和合同终止后，依据诚实信用的原则，根据合同的性质、目的和交易习惯所应当承担的通知、协助、保密等义务。由于该义务是附随于合同义务的义务，因此被称为"附随义务"。在合同义务确定之后，附随义务才能随之存在，而不能独立于合同义务而存在。在通常情况下，附随义务并不是以给付为内容的，而是为了使合同义务有效地发生、履行、消灭所形成的义务，其内容随着合同关系的发展而不断变化。附随义务大多产生于特定的交易关系，与交易关系不可分割，必须以交易关系的存在作为前提。根据法律规定，附随义务的范围，应当遵循诚实信用的原则、根据合同的性质、目的和交易习惯进行确定。在具体确定时，应当注意把握合理的"度"。当事人所负有的义务是与其享有的权利相对应的，任何义务包括附随义务均是有一定的度的限制，超越度的限制，即意味着加重当事人的责任，违背了诚实信用和公平的原则。

具体到本案，云某到某自助餐厅就餐，与餐厅形成了餐饮服务合同关系。自助餐厅在为云某提供餐饮产品和服务的过程中，没有对云

某的人身和财产造成损害。从当事人双方建立的合同关系的性质、目的和交易习惯分析，自助餐厅属于普通的营业餐厅，不负责保管顾客的财物，即在其提供服务的过程中不承担保管顾客财物的附随义务。而且，该自助餐厅在店堂内张贴了提醒顾客注意保管自己财物的标语，已经尽到了对顾客的警示义务。云某随身携带的财物也显然不在餐厅控制能力的范围之内。因此，要求该自助餐厅对云某随身携带财物的丢失承担赔偿责任，有悖诚实信用和公平的原则。同时，云某到该自助餐厅就餐，在前去陈列台取食物时，将随身携带的皮包放在选定的餐桌上占位置，而没有要求服务员予以保管。所以，云某与该自助餐厅也没有关于保管顾客财物的特别约定。因此，要求该自助餐厅对云某的财物承担保管义务，既不符合保管合同要件，也是对《消费者权益保护法》的规定确立的消费者“人身财产安全不受损害的权利”和经营者保障消费者人身、财产安全义务的片面和绝对化的理解，加重了某自助餐厅的责任，是不公平的。因此，云某在就餐过程中财物丢失，不应当由自助餐厅承担赔偿责任。

44. 新购相机出现故障，消费者如何求得赔偿?

【案情】

2008 年 8 月 18 日，马某在某华联商厦相机柜购买一台照相机，当时售货员保证说相机是日本原装货。但是马某把相机带回家后很快发现相机存在三个问题，尤其是第三个问题——相机快门打不开。第二天，经过交涉，商厦维修人员解决了前两个问题，但对第三个问题说是“速度太快看不清”。9 月 20 日至 10 月 30 日，马某作为某市的少数民族代表参加了在北京举行的系列庆祝活动，并进行了拍摄。两卷胶卷冲洗后是一片空白。彩扩店的技术人员解释说，这两卷胶卷根本就没有曝光。10 月 5 日，马某到某华联商厦，要求双倍赔偿，并给予适当精神赔偿。商厦答复认为，相机是广东生产的，不是假货，不能双倍赔偿。为此，马某起诉至法院。

【争鸣】

■ 原告马某提出，某华联商厦的售货员、维修员告知该相机的产地是日本，而该商厦的工作人员在答复中却说原产地是广东，属故意告知对方虚假情况的行为，构成欺诈。其拍摄的全国少数民族大联欢，民运会主场开幕式等许多珍贵镜头都因相机原因而丧失了，使其精神上遭受严重伤害。所以某华联商厦除了双倍赔偿相机的损失外，还必须赔偿由此而造成的精神损失。

■ 被告某华联商厦提出，马某明知照相机有三个问题，并且在维修工只解决了两个问题的情况下而予以使用，这表明马某在买卖合

同中明知某华联商厦履行标的有质量问题而加以使用，有默认行为，有过错。所以对马某没有带来精神上的损害，拒绝赔偿精神损害赔偿。



【律师点评】

《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第68条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为期诈行为。”《合同法》第54条、《消费者权益保护法》第49条都对欺诈行为的法律后果作了相关的规定。至于什么是欺诈行为，则仍以《民法通则》及其司法解释为准。对于实施欺诈行为的主体而言，欺诈的表现方式有两种：故意告知对方虚假情况；故意隐瞒真实情况。其目的是为了不正当的利益诱使对方当事人作出错误意思表示。对于被欺诈一方而言，其是在欺诈者的诱使下作出了违背自己内心的错误表示。在本案中，某华联商厦的工作人员（售货员、维修工）皆告知马某购买的相机是日本原装货。对于专业销售、维修人员而言，不可能不知相机原产地的真实地址，因此，可以认定其故意告知对方虚假情况。马某在得到保证的情况下，误认为该相机的原产地一定是日本。因而，某华联商厦构成欺诈，毫无疑问。

对于欺诈行为的法律后果，《民法通则》规定欺诈行为是绝对无效的民事行为，其法律后果为，当事人因欺诈行为取得的财产，应当返还给受损失的一方，有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。《合同法》根据形势发展的需要，规定除了欺诈损害国家利益外，其余欺诈行为效力由当事人选择，或请求确认无效，或请求变更。《消费者权益保护法》对欺

诈行为的法律后果是要求实施欺诈者予以双倍赔偿，这是一种惩罚性赔偿。之所以如此规定，是考虑到在消费法律关系中，消费者处于绝对弱者的地位，为了更好地保护弱者的利益，法律规定了惩罚性赔偿。本案中某华联商厦行为构成欺诈，应当按《消费者权益保护法》第49条的相关规定，承担双倍赔偿的责任。

精神损害是指民事主体因人身权受到侵害，从而产生一定的精神伤害的事实，它是民事主体在其姓名权（名称权）、肖像权、名誉权、荣誉权等人身权受到侵害时，给民事主体的情绪、感情、思维等心理方面造成的障碍，使其产生愤怒、焦躁、恐惧、沮丧、绝望、悲伤、忧郁等不良后果。精神损害是导致精神损害赔偿的法律后果。精神损害赔偿是民事主体的人身权受到侵害并产生精神损害时侵害人应当承担的赔偿。《民法通则》第120条规定："公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。"本案中，仅从现行法律着手，不能找到请求精神损害赔偿的根据。即使这样做不公平，我们也只能归责于我国法律的漏洞。同时，马某对拍摄不成功也有过错，这就是下面要讨论的"违约行为受害方的减损义务"。

《合同法》第119条第1款规定："当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大，没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。"这就是我国法律规范的减损义务。受害人的减损义务在民法上是违约方的一项法定义务，它是基于诚实信用原则所衍生的一项具体原则。诚实信用原则作为债法中的最高指导原则，体现了合同法的基本理念，当事人在合同履行中同样也应遵守该原则。诚实信用原则反映在债的履行中的一个重要方面即是所谓协作，它要求债的当事人在债的履行过程中应相互协作，从而实现合同的目的。在一方违约的情形下，当事人违反减损义务实际上即是违背了上述原则，法律是不保护因此而造成的损失的。本案中马某

明知照相机有三个问题，并且维修工也只解决了两个问题而予以使用。这表明马某在买卖合同中明知某华联商厦履行标的有质量问题而加以使用，有默认行为，有过错。当然，马某要求某华联商厦维修，但某华联商厦没有全部处理，该华联商厦也应承担一定责任。所以，马某因相机质量问题所受精神损失，其自己应承担一部分损失，某华联商厦也有过错，不得全部免责。

45. 信用卡被盗刷，应当如何分配消费者与商户的举证责任？

【案情】

2007年7月，葛某向市建行提出办理龙卡信用卡的申请，并领到该行发放的龙卡信用卡。2007年12月23日下午6时左右，钱包在其外出时不慎丢失，内装有身份证和龙卡信用卡。当晚19时06分，小偷持该龙卡信用卡到某商场购物消费5800元，该款通过在某商场设立的银联POS系统直接从龙卡信用卡中扣划，小偷与市建行提供的签购单上签有姓名“葛某”的字样。葛某知道后于当晚19时46分向市建行申请挂失，该行遂予以挂失，并于当晚向公安机关报警。经查，在2006年6月15日，省建行向有关商户包括某商场发函，称“自2006年7月1日起取消龙卡（含龙卡准贷记卡、信用卡）持卡人在商户POS刷卡消费出示身份证的规定，免去商户收银人员在签购单上抄写持卡人身份证号码的要求。同时，我行向社会推出龙卡准贷记卡消费验密可选功能，届时商户收银人员不需要求建行龙卡信用卡持卡人出示身份证，免去商户收银人员在签购单上抄写持卡人身份证的要求。询问持卡人是否选择密码消费。如持卡人明确表明使用密码消费，在输入消费金额后，应选择输入密码功能，要求持卡人输入密码后确认交易；如持卡人明确不用输入密码，在输入消费金额后，应选择不输入密码功能，直接确认交易。无论持卡人是否选择密码交易，在交易完成后均应要求持卡人在签购单上签名，并核对签购单签名与卡背面预留签名是否一致”。葛某遂诉至法院，要求商场和市建

行共同承担赔偿其经济损失的责任。

【争鸣】

■原告葛某提出，某商场工作人员未尽到认真核对消费卡所有人签名的注意义务，否则损失不会发生。同时，市建行擅自取消使用消费卡要输入密码的做法，给小偷以可乘之机，此行为具有过错，其过错行为是造成损失的原因，因此两者应当共同赔偿其经济损失。

■被告之一某商场提出，某商场与“持卡人”之间的买卖合同合法有效，某商场无须对葛某的损失承担赔偿责任。在“持卡人”刷卡消费过程中，某商场已按照其与市建行的约定，核对过“持卡人”所持有的信用卡上预留的“葛某”签名与“持卡人”在签购单上的“葛某”签名一致，故某商场已经核对了应该核对的事项并确认无误，没有过失。葛某未妥善保管自己的信用卡，且在信用卡被盗后未及时挂失，致信用卡被他人盗用消费，应自行承担责任。而市建行在办理“凭密码消费”手续后，擅自决定信用卡可无须通过输入密码消费，降低了信用卡消费安全，应承担相应责任。

被告之二市建行提出，葛某没有对自己财物尽到谨慎保管义务，在申请挂失前，信用卡被盗用消费的损失应由葛某自己承担。他人持有信用卡在某商场冒用消费，某商场没有尽到合理的注意义务，应当负有一定的赔偿责任。



【律师点评】

信用卡一旦被盗刷成功，消费者、特约商户与发卡银行之间的矛盾必将凸显。目前在我国，能够直接适用解决此类纠纷的法律法规几乎没有，而中国人民银行针对银行卡业务管理的《银行卡业务管理

办法》亦未对信用卡盗刷风险的承担作出规定。因此在诉讼中，法院如何适用法律来保障持卡人的合法权利，目前没有统一规范的做法。一般情况下，各地法院对发卡银行在案件中的责任认定较为一致，认为只要交易记录发生在信用卡挂失之前，发卡银行依据信用卡卡内交易产生的电子信息记录以及商户提供的签购单作为交易的凭证进行善意支付，在诉讼中通常不承担过错责任。但在判断特约商户在接受信用卡消费时是否履行了审查义务方面，由于举证责任分配方式的不同，直接导致了裁判结果的差异。本案的焦点问题便是信用卡被盗刷，应当如何分配消费者与商户的举证责任。

首先，《中国建设银行龙卡贷记卡章程》规定，为了保护自己的合法用卡权益不受侵犯，持卡人在收到龙卡贷记卡卡片后，应立即在卡片背面的签名栏内签上与申请表上相同的常用签名，并在用卡交易时使用此签名。因卡片未签名导致的交易责任及损失由持卡人承担。因此，消费者在申请成为信用卡客户时，申请表上的签名应与信用卡背面、POS 回单上的签名保持一致。作为一项重要的义务承担，银行在消费者领取信用卡时，也会提醒顾客立即在卡背面签名，因此，如果是由于卡背没签名而导致信用卡被盗刷，那么损失将由消费者自己负责。同时，消费者对其所持信用卡负有保管义务，在发现信用卡被盗后，消费者应当及时进行挂失和报警。

本案中，葛某作为持卡人负有妥善保管信用卡的特定义务，对信用卡可能在公共场所被盗、丢失的后果完全可以预见，但却疏于防范，被小偷“轻易得手”。在未提供证据证明其在信用卡丢失过程中已经尽到一个正常人应当尽到的保管义务时，应当推定其在本案中存在过错。同时，在其信用卡于 2007 年 12 月 23 日下午 6 时左右丢失后，在将近 7 个小时里没有挂失和报警，在得知小偷已于当晚 19 时许持其龙卡到某商场购物消费时，才于当晚 19 时许向市建行申请挂失，并向公安机关报警。很显然，在已经发现信用卡丢失时未及时进

行挂失和报警，近7个小时的时间，客观上足以给小偷留下充分的作案时间。因此，未以一个正常人的方式去防止损害的发生，对本案信用卡被盗刷有过错，应当承担民事责任。

除了以上两项过错外，葛某的信用卡上是否有签名，该签名与小偷持卡消费时的签名是否明显不同，对于认定葛某是否还有其他过错非常重要。按照一般的举证规则，本应当对其是否履行了约定义务承担举证责任，即对该信用卡上是否有签名进行举证。但由于葛某已无法出示原有的信用卡，很难证明信用卡是否有签名，所以通常很难完成举证。但是，由于已经为其未妥善保管信用卡承担了责任，而且葛某作为普通消费者，不可能预先采取如公证等方式去保全证据，将该项举证责任分担给葛某，将无法体现民法的公平原则。因此，在本案的处理中，法院不应当让葛某承担证明其信用卡上有无签名的举证责任。

其次，某商场在持卡人签单时，应对其签名笔迹与信用卡背面的签名笔迹是否一致进行核对审查。该义务曾出现在中国人民银行于1996年1月26日发布的《信用卡业务管理办法》第43条中。但相关上述义务的规定已随《信用卡业务管理办法》于1999年1月5日被中国人民银行发布的《银行卡业务管理办法》所废止，该义务已经不再属于法定义务。因此，发卡银行与特约商户会对相关上述义务作出特别约定，使其成为特约商户的约定义务。本案中，某商场和发卡银行便是以签订协议的方式来确定特约商户的上述合理审查义务的。

既然某商场负有核对持卡人所持有的信用卡上预留签名与持卡人在签购单上的签名是否相一致的合理审查义务，那么某商场在持卡人持卡消费时是否履行了上述义务，举证责任自然在某商场。本案中，在POS业务协议中约定与发卡银行有共同防范信用卡交易安全风险义务的某商场，在受理信用卡交易过程中又属于受益方，因此应当适

当加重其合理注意风险，这符合民法的等价有偿以及公平原则。同时，由于某商场在接受持卡人持卡消费时必然要审查信用卡及卡背的签名，此时某商场只要使用简单的扫描、录影装置，便能够固定证据。因此，由某商场对是否审查持卡人有无在信用卡卡背签名进行举证，更为合理。

信用卡卡片正面通常有持卡人的拼音姓名，某商场应当合理审查是否与卡片背面的签名一致，然后核对交易签名是否与前二者一致。对于核对笔迹，由于某商场的收银人员不可能具备笔迹鉴定专家的专业素质，因此对其不能赋予过高的注意义务，因此在没有相关法律法规或其他规章的明确规定之前，只能要求某商场对签名笔迹进行形式审查，即只要其尽了普通人的注意程度即可认为其履行了审查义务。在诉讼中，某商场应当保留信用卡签购单或其他交易凭证，作为己方是否履行审查义务的重要证据。

46. 有质量缺陷的赠品发生故障，赔偿责任应该如何承担？

【案情】

2008年2月，某企业在某商场搞促销活动。商场承诺，凡是在5月前100名购买空调的消费者将会得到商场赠送的价值200元的电饭煲1个。施某在购买空调时得到了1个电饭煲。1个月后，施某拿着电饭煲找到商场，声称电饭煲只用了不到1个月的时间就发生故障，要求商场进行免费修理或更换。商场则认为，电饭煲是无偿赠送的，商场不承担包修、包换的产品质量保证责任。双方为此发生争议，诉诸法院。

【争鸣】

■ 原告施某提出，不管电饭煲是否是无偿赠送的，商场作为其原来所有人仍承担一定的质量担保责任，应该负责包修、包换。

■ 被告商场提出，既然电饭煲是无偿赠送的，那么根据权利义务对等原则，商场对此不负有质量担保责任。



【律师点评】

本案的关键问题在于：在赠与合同中瑕疵担保责任应该如何承担？所谓瑕疵，指标的物的本身或权利存在瑕疵。瑕疵担保责任分为

两种，即物的瑕疵担保责任和权利瑕疵担保责任。瑕疵担保责任是法定责任。瑕疵担保责任主要基于买卖合同而产生，并逐渐延伸到赠与合同中。只要权利或物有瑕疵，出卖人必须负责，因此属于无过错责任。但是，瑕疵担保责任作为一种法定责任，与违约责任有一定区别。一般认为，违约责任属于违反义务的责任，而瑕疵担保责任还没有违反义务，因此与违约责任相比，其责任内容要轻。例如，对于物的瑕疵担保，在补救方式上仅限于解除合同和减价，而且重点在于减价请求权，没有损害赔偿请求权，甚至连另行交付无瑕疵物的请求权都没有。

我国关于瑕疵担保责任的规定比较粗糙，对此，《合同法》第9章"买卖合同"中简单规定了出卖物的权利瑕疵担保和物的瑕疵担保。该法第11章"赠与合同"第191条也规定赠与物的瑕疵担保问题。尽管从法律条文字面上看，二者没有存在什么差异，但从立法理念和实际操作看，二者还是存在一定区别的。买卖合同中的瑕疵担保责任一般显而易见，关键是赠与合同的瑕疵担保责任应如何承担，从而有别于买卖合同中瑕疵担保责任。基于有偿性、双务性，瑕疵担保责任在买卖合同效力比较突出和重大，而由于无偿性、单务性，瑕疵担保责任在赠与合同显得就要缓和、轻松得多。但是从市场经济的顺畅交易和诚实信用出发，瑕疵担保责任一直都是标的物原所有人必须承担的，当然也是赠与人必须承担的责任，因而成为赠与合同效力的一个重要方面。

《合同法》第189条规定："赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。"在此，赠与人因赠与财产瑕疵，无论质量瑕疵或权利瑕疵，造成受赠人损失而承担损害赔偿责任的情形有以下两种：第一，故意不告知赠与财产有瑕疵。即赠与人明知赠与财产有瑕疵却故意不告知受赠人，并因此给受赠人造成人身或财产损失。赠与财产有无瑕疵，直接关系到受赠人是

否接受赠与，赠与人未将赠与物之瑕疵告知受赠人或者保证无瑕疵，影响到受赠人是否接受赠与的准确判断。另外，受赠人接受赠与目的在于从中取得收益，但是如果受赠人因赠与财产的瑕疵而遭到人身或者财产损害的，就违背了受赠人接受赠与的初衷。因此法律规定赠与人明知赠与财产有瑕疵而不告知受赠人的，应当承担责任。不过依据法律规定，赠与人承担责任的要件是：首先，必须是赠与人明知赠与财产有瑕疵，而不是推定赠与人知道，即所谓的“应当知道”。若赠与人不知道赠与财产有瑕疵，无论是否应当知道，赠与人均不承担责任。这是赠与人承担责任应具备的客观要件。其次，赠与人故意不告知受赠人。赠与人在明知赠与财产有瑕疵却故意未将赠与财产瑕疵情况告知受赠人，赠与人“具有主观上的恶意”。但如果赠与人因过失未告知受赠人，即虽然知道赠与财产有瑕疵但因疏忽大意而未告知受赠人，赠与人不负赔偿责任。这是赠与人承担责任应具备的主观要件。

第二，赠与人保证无瑕疵。赠与人在履行赠与合同时，向受赠人保证无瑕疵的，赠与人应对其所作保证承担责任。赠与人在保证无瑕疵的情况下，隐含着法律上的默示条款，即若因赠与财产的瑕疵造成受赠人损失的，赠与人将负赔偿责任。赠与财产一旦发生质量或者权利瑕疵，给受赠人造成损失，无论赠与人是否知道赠与财产有瑕疵，赠与人均应当对其保证负责，依法承担保证责任。

赔偿损失的前提条件是受赠人必须有实际损失的存在。无论因赠与财产的质量瑕疵还是因其权利瑕疵，给受赠人造成损失的，赠与人均应当依法承担赔偿责任。但受赠人的哪些损失可以列为赔偿范围，法律无明确规定。一般认为，受赠人的下列损失可以请求赠与人给予赔偿：1. 赠与财产的损失。赠与财产本身的损失是否属于受赠人的损失，换句话说，因赠与财产固有的瑕疵而导致赠与财产本身毁损、灭失的，赠与人应当给予赔偿。2. 受赠人人身伤害。由于赠与人故

意不告知受赠人赠与财产有瑕疵或保证无瑕疵的，致受赠人在使用赠与财产过程中遭受人身死亡、伤残等伤害的，赠与人应给予赔偿。受赠人有权依据民法通则及合同法有关规定要求予以赔偿。3. 赠与财产之外的其他财产损失。即指赠与财产所引起的受赠人原本所有的财产损失。如甲将带有传染疾病的家畜赠与给乙，使得乙原有家畜得上传染病，经治疗无效死亡。乙为此所花费的治疗费、家畜死亡等损失应属赔偿范围。4. 受赠人因接受赠与而支出的费用。受赠人为接受赠与可能做一些准备工作，并为此而支出一定的费用，如交通费、招待费、场地租赁费等。如果受赠人接受赠与的目的落空，受赠人有权要求赠与人赔偿因此所遭受的损失。

基于上述分析，从本案例看，电饭煲虽然属于赠品，但某商场仍应承担相应的瑕疵担保责任，因某商场促销赠送的该电饭煲存在质量问题，而导致施某受到物品故障的损失，该损失属于民法的直接损失，那么商场应当承担“修理、重作、更换”的民事责任，也可以进行“赔偿损失”的民事责任承担，由商场在该电饭煲市场价值以下适当合理给予施某一定经济赔偿。毕竟该电饭煲是赠品，赠与物的瑕疵担保责任低于出卖物的瑕疵担保责任，更低于违约责任。

47. 消费者购买商品时赠品有假，商家能否免除赔偿责任？

【案情】

赵某按某商家所登广告来到某大楼电器商场购买一台“家悦”DVD，并得到广告所登赠送10盘正版光碟、2支高级话筒，价值380元。回家后赵某发现光碟上字迹模糊，且其书写的出版社与产品包装不符。后到某省文化市场管理办公室鉴定，商家所赠10张光碟均为盗版非法音像制品。赵某认为商家赠品价值与其广告所述380元价格不符，且商家广告还称“发现假冒商品奖励1万元”。于是将此光碟连同话筒诉至某市消费者权利保护协会，消协组织双方进行调解，但双方意见分歧较大，调解未成。在索赔未果的情况下，赵某依法起诉，要求商场依法双倍赔偿，同时赔偿误工费、交通费200元，并且按照商家广告“发现假冒商品奖励1万元”的规定向其发放奖励1万元。

【争鸣】

■ 原告赵某提出，当购买该商场的家电时，光碟虽系赠与，但这是一种表面现象，实际上它是附义务的或者说是有附加条件的，赵某虽然没有付款，但付款义务已经转移到赠与前提条件的商品中，所以商场应当承担由此而带来的赔偿损失。

■ 被告商场提出，赵某购买家电，其光碟系赠品，赠品有假显然不在商场的赔偿范围，如果是家电有瑕疵，商场将承担双倍赔偿，

故该商场不承担任何赔偿责任。



【律师点评】

本案是因赠品有假而引发争执，购买商品时所得赠品有质量问题是否受消费者权益保护法的规范和调控，这是解决本案的关键。商家在买方市场情况下如何竞争，是其迫切需要解决的问题，“买一送一”作为商家的促销手段，其中买卖的商品受消费者权益保护法调控是毫无疑问的，但附送赠品能否适用，法律没有明文规定。《消费者权益保护法》第2条规定：“消费者为生活需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”从中我们可以看出，形成消费法律关系，其前提条件是有价的买卖与服务，若不是直接有价，也应当是间接有价。所谓间接有价，是指消费者在使用商品时虽没有直接与商品的生产者、销售者发生权利义务关系，但该商品的所有者仍是通过有价交换而取得。同时，消费者权益保护法没有直接规定的，适用其他法律；“买一赠一”，其中的赠与，与民法上通常所说的赠与有什么联系和区别呢？《合同法》第185条规定：“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。”因而成立赠与关系要满足两个要件，第一，赠与对赠与人的行为是无偿的而不得有偿。第二，受赠人应表示接受赠与。“买一赠一”中的赠与，透过现象看本质，我们可以发现不是无偿的，而是附义务的或是有条件的，附义务赠与又称为附负担的赠与，是指以受赠人为一定给付为条件，亦即使受赠人于接受赠与后负担一定义务的赠与。所谓附义务或条件：即消费者购买价值更大的商品。因而接受的赠与品仍然是通过有价交换而取得，只不过消费者不必直接就该商品的价格负担付款义务，付款义

务已转移到赠与前提条件的商品买卖中了。

《消费者权益保护法》没有直接对买卖中的赠与作出直接规定，但并不意味着就没有法律加以规范，也不意味着就绝对排除适用消费者权益保护法。如前所述，商品交换中的买一赠一的赠与，最起码是附条件的赠与，这个条件就是购买该商场商品。我国有关法律规定，附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出售人相同的责任，同时若赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。

通过上述分析，可以得出结论：商品买卖中的赠与不是无偿的，是附义务的，因而该赠与品若有瑕疵，赠与人应当承担义务限度内的责任。但由于所附的义务是购买商品，符合消费关系，因此受到消费者权益保护法的规范，若赠与品的瑕疵是欺诈故意所为，其责任是赔偿双倍赠与品价款。在本案纠纷中，首先赠与品价格是380元，双倍价格是760元，加上赵某的误工费和交通费200元，商场应当向赵某赔偿960元。其次，虽然商家在广告中宣称发现假冒商品奖励1万元，但其应是特指所买的商品而不是赠与的商品，若赠与品是假冒的，不受该约定条款的限制，因为附义务的赠与只在附义务的限度内承担责任，其范围应是赠与物的价格，按《消费者权益保护法》的规定，最多只能加倍赔偿，所以赵某提出的按照商家广告“发现假冒商品奖励1万元”的规定向其发放奖励1万元的请求不予支持。

48. 如何确认买卖违章建筑物的法律后果?

【案情】

位于市青年路46号的住宅楼系市文工团1980年违章所建，后分给其职工周某居住。1996年3月，该单位以2万元价格，将此房卖给周某，并讲明此房因未办理开工手续而建造，系违章建筑，以后如遇有统一规划或征用，应服从安排，无条件搬出，不得转卖。同年，周某又将此房以2.5万元价格卖给毛某。毛某付款后，周某腾出一间给毛某，另一间自己存放东西。在此期间，毛某多次向周某要该房合法手续，周某以办过户手续为理由，立据向毛某借去现金1000元。2007年2月，因经济纠纷，一外地人趁周某不在之机，将其存放在仍占用的一间房内的部分东西拉走。周某发现后，以其东西被拉走，毛某有责任为由，将毛某赶走。为此，双方发生纠纷。毛某诉至人民法院，要求退回房屋，由周某返还房款2.5万元，并偿还1000元借款。

【争鸣】

■原告毛某提出，周某将其购买的违章建筑物转卖于毛某，明知系违章建筑，而与毛某签订房屋买卖协议，违反了有关违章建筑不得转让、买卖的规定，其民事行为无效，双方应将各自取得的财产相互返还。

■被告周某提出，毛某付款买卖违章建筑物，双方之间签订的房屋买卖合同无效。但是，毛某在住宿期间，自己的东西在毛某注意

之下被人拉走，毛某应当负相应的连带责任。



【律师点评】

双方当事人在对双方之间买卖房屋协议的效力的认定上是一致的，即认定为无效。但是在对合同无效的原因和合同被确认为无效后的后果上存在分歧。《民法通则》第58条第1款规定："下列民事行为无效：……（五）违反法律或者社会公共利益的；违章建筑物是指未经主管部门许可而擅自兴建的各种建筑物。"违章建筑物依其违章的程度不同，有各种情况。从违章建设人有无土地使用权上说，违章建筑大体可分为两种情况：一是建造人未取得土地使用权，即在他人有合法使用权的土地上建造建筑物；二是在自己取得土地使用权的土地上建造违章建筑物，虽有利用该建筑物占有的范围内的土地建造房屋等建筑物的权利，但未经取得建筑许可证就擅自建设。市文工团即属第二种情况，文工团已经取得土地使用权，有在该地段建造房屋的权利，但未办理开工手续而擅自建设致使房屋为违章建筑。在这种情况下，市文工团不能因其房屋而取得房屋所有权。市文工团不能取得房屋的所有权，因而其当然也就不具有转让房屋的权利。文工团转让房屋的行为也就属于无权处分行为。

对于违章建筑物，建造人不仅不能取得所有权，也不能取得使用权，因为对于违章建筑物，根本就不能发生权利。就本案来说，周某并不能有偿地从市文工团取得对违章房屋的使用权，因此在毛某返还周某房屋后，周某也并非享有临时性的使用权。对于违章房屋尽管建造人不能取得权利，但可以占有。占有是指对物有事实上的管领之力。民法所称的占有，包括对物的实际控制、用益及处分。这种占有是一种事实状态，而不是一项权利。对于这种事实状态，其他人也不

能任意侵害。从本案来说，市文工团对其建造的违章房屋是占有，周某有偿地从市文工团取得的也只能是一种占有，这种占有并不是权利，而是一种事实状态。因为周某与市文工团之间未发生纠纷，根据“不告不理”的原则，法院没有必要去处理他们之间的关系，也就可以承认周某对于违章房屋的占有事实。因此，周某与毛某的买卖房屋行为被确认为无效后，毛某没有占有该房屋的根据，则应当将占有这一利益返还给周某。

《民法通则》第61条第1款规定：“民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”第84条第2款规定：“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”第108条规定：“债务应当清偿。暂时无力偿还的，经债权人同意或者人民法院裁决，可以由债务人分期偿还。有能力偿还拒不偿还的，由人民法院判决强制偿还。”本案中买卖违章房屋的行为因出卖人无权处分，因房屋上不存在可转让的权利，因而是无效的。在行为被确认为无效后，应当双方返还财产。但毛某返还给周某房屋，并非是恢复周某的所有权或使用权，而是恢复周某对房屋占有的事实状态。

49. 如何认定房屋卖主在不了解买主真实身份情况下签订的房屋买卖合同的效力?

【案情】

2007年4月，魏某准备出售自家的两间平房，与多人协商后，均因价格问题存在分歧而未卖出房屋。邻居严某打算购买此房，但是曾经与魏某发生矛盾不便直接出面与魏某进行协商，于是找到朋友曹某，希望曹某能够为其代购房屋，曹某表示同意。之后，曹某找到魏某，声称自己有一铁杆朋友范某，其父亲是省卫生厅的厅长。由于魏某正在为儿子筹集款项找工作，听到此消息后，立即打算将此房出售给曹某，双方很快就签订了房屋买卖合同，合同规定：魏某将自家的两间平房卖给曹某，曹某支付房款7万元。合同签订后，曹某将严某交付的7万元价款支付给魏某，魏某为取得曹某的信任，将房屋所有权证交给了曹某，并答应曹某在双方办理房屋过户手续时再交付土地使用权证。曹某又将该房屋所有权证交给严某，严某于是开始对购买到的房屋进行翻建。此时，魏某看到自己出售的房屋被严某翻建后，立即意识到是曹某代替严某购买了此房屋。于是，魏某要求严某停止房屋的翻建行为，并要和曹某解除原有的房屋买卖合同。但严某和曹某均不同意魏某的要求。魏某遂起诉至人民法院，请求法院确认自己与曹某的房屋买卖合同无效，并判令严某立即停止房屋的翻建行为，并按照原状返还房屋。

【争鸣】

■原告魏某提出，曹某明知严某和自己素有矛盾，自己肯定不会将房屋卖给严某，而和严某串通，故意隐瞒曹某的真实身份和受严某委托购房的事实，致使自己遭受了本可以避免的损失。同时，曹某还编造谎言对自己进行诱惑，使自己在显失公平的情况下实施了卖房行为。因此，曹某和严某的行为属于欺诈，应当认定该房屋买卖合同无效。尽管合同签订后，曹某支付了房款，但自己尚未交付土地使用权证，也未办理房屋过户手续。因此，认定房屋买卖合同无效是完全可以的。

■被告严某提出，曹某以自己的名义和魏某签订了房屋买卖合同，是依照协商一致、等价有偿的原则订立的，合同内容是当事人的真实意思表示，不存在房屋被低价出售和任何的欺诈行为。因此，该房屋买卖合同是合法有效的。合同签订后，曹某即支付了房款，而魏某有义务与曹某办理房屋过户手续，但魏某拒绝按照合同约定办理房屋过户手续，所以严某才将该房屋进行翻建，以维护自己的合法权益。因为严某已经对房屋进行了大规模整改，魏某要求返还的房屋已不存在，也无法进行评估，只能以合同中规定的房价认定房屋的价值。



【律师点评】

《民法通则》第4条规定："民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。"第58条第3款规定："下列民事行为无效：……（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的。"《民法通则》所规定的欺诈行为是指

一方当事人故意告知对方虚假情况或者隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的行为。欺诈行为的构成要件有五个：一是欺诈方有欺诈的故意，二是欺诈方有欺诈的行为，三是受骗方因受欺诈而陷于错误认识，即欺诈方的欺诈行为是受骗方发生错误认识的原因，使之信假为真，四是受骗方错误认识与意思表示之间具有因果关系，五是对于受骗方而言，其意思表示与真实意思不相符合，其原因是受到了欺诈方的不当干涉，并非处于表意人的自有意思。在本案中，严某在得知魏某打算卖房后，亦想购买此房，但碍于情面不便直接接触，因此就委托曹某为其代购房屋，而曹某有意隐瞒了买主的真实情况。魏某是与买主严某的委托人曹某协商买卖房屋并签订房屋买卖合同的，在整个买卖合同的订立过程中，作为卖主的魏某并未主动查明曹某的真实身份，在签订合同时也未要求买主到场签字，在明知买主的身份不明的情况下仍然与买主的委托人签订房屋买卖合同，说明魏某对房屋买主的真实身份并不特别要求。尽管曹某和严某在客观上具有欺诈性质，并且编造谎言诱使魏某将房屋出售给曹某，但曹某和严某主观上确实是买房，即主观上并非恶意。而且魏某也有卖房的真实意思表示，没有证据表明因曹某的买房而导致魏某作出错误的意思表示和遭受重大经济损失。因此，本案中买主的真实身份不能影响合同的效力，不存在致使合同无效的欺诈行为。那么，曹某和魏某未办理房屋过户登记手续是否影响买卖合同的效力呢？魏某因得知严某是房屋的真实买主而决定停办房屋过户登记手续，依照法律规定，依法需要登记的合同而未进行登记的，只是影响合同的生效时间，而不影响合同的效力。曹某已经支付了房屋价款，魏某也交付了房屋，可见双方都已实际履行了合同内容，魏某因个人积怨而主张房屋买卖合同无效没有法律根据。因此，本案中房屋买卖合同签订后没有进行登记，不影响合同的生效。

本案中，曹某和魏某签订房屋买卖合同后，曹某支付了严某的房

款，魏某交付了房屋，双方都已实际履行了合同内容。而严某按照房屋买卖合同取得房屋所有权后，对房屋进行翻建，这是在合法地行使对房屋的处分权。魏某已经不享有房屋的所有权，无权主张停止严某对房屋的翻建行为。作为平等的民事主体来说，严某的房屋翻建行为并不构成对魏某的权利侵害，但严某未经过房管部门的批准就翻建房屋，其所建的房屋属于违章建筑，侵害了国家的行政管理秩序，应当由行政管理部门处理。所以，严某翻建房屋与认定房屋买卖合同是否有效无关。

50. 租赁房屋被损害，出租人和承租人应当如何分担责任？

【案情】

2011年4月，成某将3间平房租赁给蒋某使用，双方签订了房屋租赁合同，合同约定：租赁期至2011年8月10日，租金每月300元。合同签订后，蒋某即搬入该房居住。2011年8月6日，蒋某在睡觉之时，东边一间平房的墙壁被垃圾车污染，蒋某立即出去寻找垃圾车主，但未能找到垃圾车主。成某要求蒋某出资维修房屋，而蒋某认为双方应当共同出资来维修房屋。双方为此发生争执。成某遂起诉至人民法院，请求法院判令蒋某承担全部维修费。

【争鸣】

■原告成某提出，尽管房屋是在蒋某睡觉之时被垃圾车污染，但睡觉不能成为蒋某免责的合理根据，蒋某对于房屋的被污染有过错。蒋某在房屋租赁期间没有保管好房屋，致使房屋遭受损害，因此应当由蒋某承担房屋的装修费。

■被告蒋某提出，房屋在蒋某睡觉时被垃圾车污染，属于不可抗力，双方对于该损害事实的发生都没有过错。在当事人双方都没有过错的前提下，应当根据公平原则来处理，即由双方合理承担房屋的维修费。



【律师点评】

《合同法》第231条规定："因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。"第374条规定："保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。"以上是我国法律关于风险负担的规定。风险负担是指合同因不可归责于双方当事人的原因致使标的物毁损灭失而不能履行时，该损失应当由谁负担。不可归责于双方当事人的原因主要有：不可抗力、意外事件、第三人过错、标的物本身的原因等。对于房屋租赁合同而言，风险负担主要分为两个方面：一是因不可归责于双方的原因致使房屋部分或全部灭失而不能履行合同时，不能履行的风险应当如何分配。对此，《合同法》第231条作出了规定，由出租人承担风险。二是租赁物意外毁损灭失的风险负担。对于这个问题，合同法并没有明确地规定哪些风险由债权人负担，哪些风险由债务人负担。根据我国现行法律，违约责任的免责事由主要包括不可抗力、免责条款、债权人的过错。如《合同法》第117条第1款规定："因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。"第311条规定："承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。"除了以上三者之外，意外事件和第三人的过错均不能作为违约责任的免责事由。本案的关键问题之一就在于

房屋被污染的原因属于哪一种法律规定的情况。

本案是否属于不可抗力？不可抗力是指当事人不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。由于不可抗力造成合同不能履行或不能完全履行的，当事人没有过错。但是，对于当事人外部原因的第三人行为不属于不可抗力的范畴，而应当属于通常事变。本案中，蒋某所租赁的房屋被垃圾车污染，是单个人的行为，其行为并不具有外在于人的行为的客观性的特点，不能作为不可抗力对待。因此，本案中房屋被污染不属于不可抗力所致。那么，本案是否属于意外事件？意外事件具有不可预见性，但其程度没有不可抗力强，而且不可抗力具有不能避免性，即不可抗力即使预见到也是无法克服和避免的，而意外事件在发生之后往往能够改变和克服。正因为两者之间的这些区别，所以不可抗力是违约责任的免责事由，意外事件不能成为违约责任的免责事由。本案中，垃圾车的污染是房屋被损害的直接原因，而污染是蒋某所无法预见到的，并且蒋某在看到房屋被污染后，立即出去寻找垃圾车主，即蒋某已经尽到了他应当和能够尽到的注意。所以，房屋被垃圾车污染对于蒋某来说是意外事件。因为意外事件不能作为违约责任的免责事由，所以蒋某在没有过错的情况下，仍然不能免责。

在本案中，成某和蒋某对于房屋被污染都没有过错，据此能否以公平责任原则来处理本案？《民法通则》第132条规定："当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。"公平责任原则属于侵权民事责任归责原则的范畴，如果本案要适用公平责任原则，那么首先要确定本案的性质是否属于侵权行为。侵权行为是指加害人不法侵害他人的人身权利和财产权利，依法应当承担民事责任的行为。一般侵权责任的构成要件有四个：行为的违法性；损害事实的存在；违法行为和损害事实之间有因果关系；行为人有过错。前三者为客观要件，后者为主观要件。在成某和蒋某之间事先存在着房屋租赁关系，而垃圾车主造成了租赁房屋的损害，也就是

说房屋受到损害，并不是出于蒋某的故意，所以房屋受到污染不能按照侵权行为处理。既然本案的性质不能被归结为侵权行为，那么公平责任原则也就不具备适用的基础。因此，不能以公平原则来处理本案。

《商品房屋租赁管理办法》第 10 条规定："承租人应当按照合同约定的租赁用途和使用要求合理使用房屋，不得擅自改动房屋承重结构和拆改室内设施，不得损害其他业主和使用人的合法权益。承租人因使用不当等原因造成承租房屋和设施损坏的，承租人应当负责修复或者承担赔偿责任。"可见，在租赁合同中，承租人有妥善保管租赁物以及在租赁期满后返还完好租赁物的义务。而蒋某没有将房屋完好无损地交还出租人成某，属于违反合同义务的行为，即违约行为。违约行为是指当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的行为。违约责任的构成要件有四个，包括有违约的事实，违约当事人具有过错，必须有违约造成的损失事实，违约行为与损失事实之间有直接的因果关系。对于违约责任的归责原则，我国法律经历了由过错责任原则向严格责任转变的过程。原《经济合同法》第 29 条规定："由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任，由于双方过错，根据实际情况由双方分别承担各自应负的违约责任。"上述规定表明，原《经济合同法》采用的是过错责任原则。《合同法》第 107 条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。"这表明合同法确立了严格责任原则。

违约是产生损害赔偿的原因之一，违约损害赔偿的构成要件除要符合违约责任构成要件外，还要有损害事实，且损害事实与违约行为有因果关系。在本案中，存在房屋受到损害的事实，同时蒋某又有违约行为，因为蒋某有按照房屋租赁合同妥善保管租赁物并于合同期满

后返还完好租赁物的义务，而蒋某没有能够返还完好租赁物，便是对合同义务的违反，即构成违约。而且，蒋某未交付完好房屋的行为与成某受到损失有法律上的因果关系。因此，本案属于违约损害赔偿，蒋某应当承担房屋被污染的责任。



51. 如何认定安置回迁房的瑕疵担保责任?

【案情】

2007年4月，某公司经房管部门批准，决定对城南路53号进行改造。冯某的房屋因位于该拆迁区域，所以冯某和某公司签订了房屋拆迁补偿安置合同，合同约定某公司对冯某被拆迁的住房给予产权掉换、就地安置回迁房和作价补偿相结合的办法予以解决。合同签订后，冯某即领得拆迁补偿款。某公司为了充分发挥该区域的优势，对最初的涉及方案进行了优化，在不改变新建楼房的结构的前提下，增设了夹层，并在施工图中明确标明。某公司在开工前，将标明了夹层的施工图予以宣传。2007年5月，某公司对新建楼房公开出售，冯某按照房屋拆迁补偿安置合同进行了认购，并交纳了房屋价款。6月，冯某搬入该楼房居住，发现该楼房的夹层与合同中所约定的不一致，因此拒绝领取钥匙。某公司认为已经将标明夹层的施工图予以公布，冯某应当知道该夹层的具体情况。双方为此发生争执。冯某遂起诉至人民法院，请求法院判令某公司返还冯某已经支付的房屋价款，并承担违约责任。

【争鸣】

■原告冯某提出，某公司拆迁新建的房屋夹层是单独层次，即安置回迁房凭证上的第二层。根据建筑法规，该夹层无论作为技术层还是作为穿过建筑物的通道都计算建筑面积，因此应当是单独层次。而冯某在领取安置回迁证时，不知已有夹层设计，某公司也没有告知

有夹层设计，某公司变更设计和改变结构且未通知的事实存在，冯某是在房屋主体工程完工之后才获悉夹层存在的，因此，某公司的行为构成违约，应当承担违约责任，即退还冯某的房屋价款，并对冯某的损失进行补偿。

■被告某公司提出，冯某在领取安置回迁房凭证时，设计施工图已经明确标有夹层，而且夹层只是局部，不能作为单独一个层次。某公司已经将标有夹层的施工图向社会公众公布，冯某作为购房人，应当知道楼房的结构以及夹层的情况。由于我国建筑行业的相关规范中，未对夹层作出明确规定，所以某公司和冯某的房屋买卖关系不存在违反法律、法规禁止性规定的情况，应当确认双方回购房的民事法律关系有效，双方应当自觉履行安置回迁房凭证所确定的权利义务。冯某拒绝领取钥匙，属于违反合同约定，应当承担违约责任。



【律师点评】

《合同法》第153条规定："出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。"物的瑕疵担保责任是指出卖人就其出卖的标的物品的质、价值、效用上所存在的瑕疵而承担的担保责任。物的瑕疵担保责任包括价值瑕疵担保、效用瑕疵担保、品质瑕疵担保三种情况。物的价值瑕疵担保是指担保标的物无灭失或减少其价值的瑕疵；物的效用瑕疵担保是指出卖人应当担保标的物具备应有的使用价值，亦即担保标的物无灭失或减少效用的瑕疵；物的品质瑕疵担保是指出卖人担保标的物具有其所保证的品质。物的瑕疵担保的成立要件有三个：一是物的瑕疵必须于标的物风险负担转移时存在；二是买受人不知有瑕疵且无重大过失。买受人于合同订立时知道有物的瑕疵，则视

为买受人接受的标的物无瑕疵，出卖人不负担保责任。在本案中，买卖合同标的物为安置回迁的二层营业用房，营业用房的可经营性，为预定的效用。某公司在一层增加了夹层，并作为营业摊位出租，影响了二层营业用房的经营利益，商业价值有所减损。此商业价值的减损，非正常的商业风险，而由某公司增加夹层所致，应当视为标的物的瑕疵。而冯某作为非专业人员，是无法看懂其施工图中所标明的夹层的，夹层的设计是在不改变二层高度、结构的情况下，在一层增设的。冯某认购时不知有夹层，安置回迁房凭证载明的二层营业用房不是指夹层的事实清楚。因此，某公司交付的营业用房并非层次不符合约定，其应承担的是由于增加夹层作为营业摊位出租，而产生的对二层营业用房的预定效用的瑕疵担保责任。因此，某公司无法证明冯某在认购营业用房时，已经明确知道有夹层的事实。冯某不知道有瑕疵且无重大过失，某公司不能免除瑕疵担保责任。因此，物的瑕疵担保的要件成立，某公司应当承担买卖合同标的物预定效用的瑕疵担保责任。

《民法通则》第84条规定："债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。"第85条规定："合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。"第112条规定："当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。"当事人可以在合同中约定，一方违反合同时，向另一方支付一定数额的违约金；也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。物的瑕疵担保的效力是指在出卖人转移的标的物存在物的瑕疵时发生出卖人承担瑕疵担保责任，买受人享有瑕疵担保请求权的法律后果。出卖人的瑕疵担保责任一般体现在出卖人对标的物的品质、价值、效用的担保。买受人的瑕

疵担保请求权具体包括：补救请求权、减价请求权、合同解除权、损害赔偿请求权等。如果当事人约定了违约金，也是可以请求支付违约金的。因某公司对冯某在认购营业用房时，没有告知有夹层的设计，增加夹层并作为营业摊位出租，影响了二层的经营利益，所以某公司应当承担买卖合同标的物预定效用的瑕疵担保责任。某公司未按约定适当履行义务，应承担违约责任。但是，二层营业用房虽有瑕疵，但安置回迁房凭证仍然可以继续履行，某公司对冯某经营利益的损失应予赔偿。

消费者人身安全纠纷



52. 鞭炮炸伤手后怎样追加赔偿当事人？

【案情】

任某是经营杂货店的个体户。2007年元月初，方某从某镇拉了几箱鞭炮到此地销售。因谢某也是某镇的人，且在此地经营杂货店，方某便与谢某商量好，将拉来的鞭炮销给谢某。邱某摆摊经营小百货，从谢某处拉走该类鞭炮数十挂。随后，任某又从邱某处购得该鞭炮。元月28日（农历正月初一），13岁的肖某上街游玩，从任某的杂货店购买了五个无商标、无厂家、无警示标志、无产品合格证的鞭炮。当肖某燃放此鞭炮时，点燃第二个的瞬间，肖某来不及向外扔出，鞭炮便在手中爆炸，肖某的左手当场被炸伤。五指残缺，裸露掌骨、肌腱，经他人送到医院抢救治疗，肖某的左手掌被锯掉，住院15天，医疗费2708元，经人民法院法医鉴定认为，肖某左手自腕部损失，构成五级伤残。肖某于2007年6月要求销售者任某赔偿医疗费、护理费、残疾生活补助费、精神损害费等计8万元，经消费者协会主持调解未果，肖某的监护人向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告肖某的监护人提出，肖某因鞭炮质量不合格而受伤害，理应获得赔偿。方某销售不合格的“三无”鞭炮，是导致肖某受伤的主要原因，应负主要责任；任某在经营当中，将不合格鞭炮直接销给未成年的肖某，在本案中负有一定的责任；谢某经营杂货店，明知买进鞭炮是“三无”产品，仍然经营；邱某亦公开销售不合格的鞭

炮，其进货销售方式均属违法行为，对本案的发生均负有相应的责任。肖某请求赔偿的损失金额为8万元，在法律规定的范围内，应予以支持。

■ 被告任某提出，肖某受伤是其不当使用鞭炮所致，责任应自负。即使致伤要负责任，也应由供货者或生产者负责，所以供货者或生产者才是本案的当事人，而且在本案中，肖某的监护人也有一定的责任，故任某不应当承担赔偿责任。



【律师点评】

本案是一起消费者在使用产品过程中，产品发生爆炸而致消费者人身伤残的损失赔偿案。该案中鞭炮炸伤肖某手的主要原因是鞭炮不符合质量标准，是不合格产品所致，因此，本案应按产品质量责任案件定性和处理。《产品质量法》第31条规定："生产者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。"第32条规定："生产者生产产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。"《消费者权益保护法》第41条规定："经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。"上述法律均规定有因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。这种责任是一种特殊侵权责任，侵权责任是指行为人违反法律规定的义务而应当承担的法律后果。只要产品制造者、销售者不能证明自己制造、销售的产品是合格产品，就应当对产品造成的损害后果承担全部民事责任。因此，法院应判令销售

者和生产者承担连带赔偿责任。

在本案中，生产者方某和销售者任某、谢某和邱某销售的不合格产品造成他人损害后果，法院应判决他们对受害者承担完全赔偿责任，且负连带清偿责任，但对生产者与销售者之间的责任分担需要明确。在生产者与销售者之间，生产者生产不符质量标准的缺陷产品，是对消费者、使用者造成损害的直接的根本原因，他对消费者、使用者的责任是完全责任。而作为销售者，根据《产品质量法》第 21 条的规定，对销售无应当执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识（如警示标识）。此规定对任何销售者来说，是其对于产品质量责任上的义务和保证所销售产品符合质量要求的义务，如销售者不执行进货检验制度，明知是“三无”产品而随意调进销售，明显地违反了社会保障义务，同样产生对消费者、使用者的完全责任。因此两者均应对消费者、使用者负完全责任。但生产者明知是不合格产品的危险产品仍然生产，销售者明知是不合格产品而进货并销售，均存在故意行为，从引起的社会后果来看，其法律责任也是相当的。因此，他们之间应分担同等相应的责任。至于几个销售者任某、谢某和邱某之间，均有同样过错，也可在销售者责任范围内同等分担责任，而不宜随意确定生产者、销售者适当比例的责任。

在销售者承担了赔偿责任后，法律同时赋予了承担责任一方对负有责任的生产者或销售者的追偿权，追偿权的形式应当另案解决。追偿权的规定表明，如果产品质量确属生产过程中产生的，或者属销售环节造成的，或者是其他环节造成的，则承担了全部责任的销售者可以向生产者或其他销售者追偿全部损失。

本案还涉及监护人肖某的监护责任问题。因为本案是产品质量责任案件，造成肖某受伤致残的原因是生产者和销售者生产销售的不合格鞭炮所致。只要生产者和销售者不能证明其生产销售的产品系合格产品，对产品造成他人损害即应承担完全责任。本案中，任某的杂货

店销售的鞭炮系“三无”产品，作为危险物的鞭炮在销售中应有警示标识，但任某杂货店销售的产品却没有警示标识，经产品质量检测机关鉴定，其产品确系致命不合格产品，作为销售者的任某杂货店，理所当然地要对其不合格产品造成的损害后果承担完全责任。肖某系限制行为能力人，对无警示标识的危险物品不具备识别能力，在使用中，无法预见到该不合格产品，对于损害的发生并无过错，既然肖某无过错，就不应再由其监护人来承担监护责任。

53. 乘客避险跳车受伤，责任应当如何分配？

【案情】

汤某到某市旅游，一周后准备回家，于是购票乘坐袁某营运的中巴车。从某市到某镇的回家途中，腾某等人上车寻衅滋事，无故对汤某拳打脚踢，致其鼻子流血（腾某因此被判刑）。当该车行至该镇某村时，汤某要求下车，腾某等人威胁司机不准停车，并扬言要将汤某拖到某镇后继续殴打，汤某十分害怕，在未停车的情况下，擅自拉开车门跳下，造成项骨骨折，颅内血肿；面部软组织损伤，头皮血肿；颅底骨折等后果，经法医鉴定其伤残程度为十级。为伤残赔偿问题，汤某以客运合同纠纷为由向法院提起诉讼，要求袁某和腾某赔偿经济损失。袁某则认为汤某的损害后果是因其自行跳车所致，因此，不承担赔偿责任，于是双方为此案发生争执。

【争鸣】

■原告汤某提出，袁某和腾某应当共同承担赔偿责任，因为汤某的损失是致害人腾某等人的犯罪行为所引起的，因此有责任赔偿汤某的损失。同时，基于汤某与袁某之间的民事关系，按照合同的规定，承运人对运输过程中旅客的人身伤亡承担赔偿责任，因此，袁某应当承担部分赔偿责任。

■被告袁某提出，腾某应承担赔偿责任，其理由是腾某等人寻衅滋事的犯罪行为与汤某实施紧急避险并造成重伤后果有直接的因果关系。根据《刑法》的规定：“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损

失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并根据情况判处赔偿经济损失。”被害人汤某应当通过刑事附带民事诉讼的途径要求腾某等人赔偿。袁某之所以未按乘客要求停车是因受暴力威胁所致，其并无过错，不应承担责任。



【律师点评】

在本案中，汤某购票乘坐袁某营运的车辆，双方客运合同成立，袁某有义务将汤某安全运送到目的地。客运合同即旅客运输合同，是指当事人双方约定承运人将旅客及其行李安全运输到目的地，旅客为此支付费用的合同。《合同法》第290条规定：“承运人应当在约定期间或者合理期间将旅客、货物安全运输至约定地点。”第301条规定：“承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。”在营运过程中，当汤某遭到不法侵害时，袁某未采取积极有效的措施进行制止；在汤某到达目的地并为避难要求下车时，袁某未停车让汤某安全下车；在汤某拉开车门跳车时，袁某亦未积极阻止，这些都说明袁某未履行“尽力救助”的法定义务，也未履行合同约定的主要义务——安全义务。袁某违反公路旅客合同约定，应承担违约的民事赔偿责任。

再者，汤某的紧急避险行为并无不当，未超过必要限度，因此不应承担任何民事责任。紧急避险的成立具备以下三个条件：必须有紧急危险；必须是在迫不得已的情况下采取的避险措施；避险行为不得超过限度。案发时汤某被腾某等人殴打无人相助，是在面临遭遇更大危险时实施紧急避险；汤某在孤立无援、无法逃避的情况下，不可能进一步选择更恰当的方式或更合适的避险限度。显然，汤某的行为符合紧急避险的条件。

最后，汤某有权向袁某要求赔偿。腾某等人的行为，除应当承担刑事责任外，亦与汤某形成人身伤害赔偿关系。刑事责任是刑事法律规定，因实施犯罪行为而产生的，由司法机关强制犯罪者承受的刑事惩罚或单纯否定性法律评价的负担。汤某购票乘坐袁某营运的车辆，双方形成公路旅客运输合同关系和消费关系。当权利人的权利受损是因多种原因所致时，根据《民法通则》的自愿原则，汤某有权选择救济方式。这种选择是当事人意思的表现，汤某依合同选择违约民事责任之诉符合法律规定。同时，当汤某的赔偿目的通过两诉之一而实现时，其对另一诉的权利随之消失，但袁某在赔偿汤某损失后对腾某等人有追偿权，因此，袁某在承担全部赔偿责任后，可以向腾某行使追偿权。

54. 没有购票的旅客因交通事故发生伤亡，是否可以请求承运人赔偿？

【案情】

2008年5月5日，雷某到南京旅游，由于节假日车票紧张，雷某未能买到票。最后几经周折，雷某终于登上了一班开往南京的豪华汽车。上车后，司机始终未要求雷某买票，雷某也未主动拿钱买票。当汽车行驶到离目的地只有3公里时，汽车与高速公路的路牌相撞，致使包括雷某在内的12名乘客受了不同程度的重伤。后经交通主管部门查明：此起交通事故系司机疲劳驾车所致。于是，公交公司对该起事故中受伤的11位乘客做了相应的赔偿。但对于雷某的赔偿请求，公交公司以雷某无表明合同生效的车票为由，拒绝赔偿。而雷某认为，司机允许雷某上车这一行为即表明客运合同的生效，根据“法律保护有效合同”这一原则，公交公司应对合同存续期间发生的旅客伤亡承担无过错责任，雷某遂诉至法院，要求公交公司承担赔偿责任。

【争鸣】

■原告雷某提出，根据《合同法》第293条的规定，客运合同自承运人交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。虽然雷某未持客票乘车，但根据交易习惯：旅客等车即为要约，承运人准其上车即为承诺。所以，雷某与公交公司之间权利义务关系受客运合同的约束，且承运人准予雷某上车的行为与一般“客运合

同”履行中的“检票行为”具有一样的法律效果，即本案中的合同为生效合同，应受法律的约束。再由《合同法》第302条所确立的“承运人无过错责任原则”，公交公司应对其雇员的过错所造成的旅客伤亡负赔偿责任。基于以上两方面原因，雷某的请求应予支持。

■被告公交公司提出，《合同法》第293条规定仅是对客运合同成立时间的规定，而客运合同生效时间，一般是在检票之后。本案中雷某上车后并未主动购票，只能说明客运合同成立而未生效。根据法律只保护生效合同这一原则，《合同法》第302条所确立的“承运人无过错责任原则”只适用于生效合同，因此公交公司拒绝雷某的求偿要求是合情合法的。



【律师点评】

对于雷某与公交公司之间的客运合同是否生效这一问题，应从两方面入手：首先，客运合同成立时间在《合同法》中有明确规定。《合同法》第293条规定，除当事人另有约定或另有交易习惯外，客运合同自承运人向旅客交付客票时成立。因此，在一般情况下，旅客提出购票要求为要约，承运人交付客票即为承诺，客运合同自此时成立。但在实际生活中，由于情况多变，客运合同成立的时间并非千篇一律。比如：在采用取票制预订场合，预订行为为要约邀请，旅客取票为要约，承运人交付客票为承诺，合同自交付客票时成立；在采用送票制预订场合，旅客预订客票为要约邀请，承运人送票为要约，旅客签收为承诺，合同自签收时成立。对于“先上车后购票”的场合，旅客登车为要约，承运人准予上车为承诺，合同自旅客登车时成立。以上罗列的合同成立时间可以说明长期以来在客运合同中所形成的交易习惯。根据《合同法》第293条的规定，这些交易习惯都可作为

认定合同成立的依据。本案所涉及的客运合同恰恰是属于“先上车后购票”的情况，雷某的上车行为即为要约，承运人准予其上车即构成有效承诺，本客运合同自此成立。

其次，客运合同生效时间在合同法中的有关规定。《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。但法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的，依照其规定办理。”《合同法》之所以对合同成立和合同生效加以区分，这是基于两者在目的、效力、作用等方面的诸多不同：（1）合同成立是说明当事人就某一事项达成意思一致，并自愿受其约束；合同生效是指国家承认合同所确立的当事人之间权利义务关系，合同具有法律约束力。（2）合同成立后，当事人不得随意撤回其要约或承诺，否则将依据“诚实信用原则”，承担“缔约过失责任”，它是一种法定责任，具体表现为赔偿损失；合同生效后，当事人必须按照合同的约定正确、全面地履行约定，否则将承担违约责任，表现为赔偿损失、支付违约金等。（3）合同成立制度保护了当事人意思自治的结果，合同生效制度则适用法律对合同的实现。就客运合同来说，一般是以承运人向旅客交付客票时间为合同成立时间，而旅客登车检票作为合同生效时间。造成客运合同成立时间与生效时间不同的原因主要在于客运合同的特殊性：客运合同是以特定的承运人运送不特定的旅客到指定地点，并取得相应报酬为内容的双务合同。检票前，旅客的不特定性决定了客票的性质为无记名的有价证券，而无记名客票的流通属性又使得客票的自由转让成为可能。所以，照顾到客运合同的特性，法律将客运合同的成立时间与生效时间分别加以规定，保证了旅客在检票前合法地、自由地转让其所持车票。《合同法》第295条关于旅客退票与变更之规定所赋予的旅客在检票前的变更与解除合同之权利就是基于客运合同成立时间与生效时间的不同，而在这一段时间差内给予旅客的自由变更、解除合同的权利。本案是“先上车后购票”的情形，旅客雷某是得到承运

人的同意上车的，他与承运人之间已达成意思一致，上车补票只是将这种合意变为书面形式而已。在这种情况下，旅客上车就使得合同双方当事人特定化，承运人开始行程就表明履约的开始。此时，若还认定合同只是成立而未生效，那就意味着旅客、承运人还可以随意变更或解除合同，这对双方当事人都是不利的。再来看检票行为的法律性质，在检票前之所以客票还可以随意转让，原因就在于客运合同中的旅客一方还未特定化。检票后，承运人与旅客都特定化了，双方当事人之间形成约定之债，并受法律的约束，违反合同的任何人应承担违约责任。所以，检票是代表了客运合同双方当事人的特定化与履行行为的开始。由此，将“先上车后购票”这种情况下的合同生效时间等同于合同成立时间并不与“检票时间代表合同生效时间”相悖。基于以上分析，本案中的客票只是客运合同的书面化形式而非法律行为构成要件，它的有无并不影响当事人之间法律行为的有效成立，而雷某没有购买客票也不影响其依据《合同法》第302条的规定要求获得赔偿。所以，本案中的客运合同是成立并且生效的，对于雷某的赔偿请求，法院应予支持。

本案还涉及客运合同的另一个主要问题，即客运人对旅客伤亡的损害赔偿责任。根据《合同法》第302条的规定，在认定承运人的损害赔偿责任时，适用的是“无过错责任”，即除有法律规定的免责事由外，承运人均应负赔偿责任，而不问其主观是否有过错。这一规定是考虑到承运人的安全运送义务与其营运性质而要求其承担加重义务。“责任的加重”使得承运人在运输过程中更有安全意识，从而间接保障了旅客的人身安全。

55. 随团旅游期间游客食物中毒，谁应承担赔偿责任?

【案情】

2007年10月6日，某单位组织职工参加某旅行社的旅游活动，这些职工被安排在某酒店就餐。当日夜间，二十余人呕吐、腹泻，被送至人民医院，人民医院诊断书确认为集体食物中毒。职工殷某返京后病情仍无好转，并感觉胸闷、心悸，常感疲劳，遂住院治疗。2007年11月7日，殷某出院，出院诊断为：心率失常，偶发性早搏（良性）。殷某于是向人民法院起诉，要求旅行社赔偿8万余元。对殷某的病情，经查食物中毒、腹泻会导致甲离子丢失，从而诱发心肌缺血，引起心律失常。对案件的基本事实，当事人双方均无太大争议，但对赔偿责任应由谁负各持己见。另据了解，殷某就餐的酒店是旅行社事先预订的，但旅行社没有审查过其经营证、卫生许可证及业务水平。

【争鸣】

■ 原告殷某提出，自己因食物中毒，身体及精神受到了极大伤害，因此旅行社应当赔偿殷某的身体损害费、精神损失费、医疗费、误工费、营养费等一切费用。

■ 被告旅行社提出，殷某找错了索赔对象，应该找酒店索赔而不是找旅行社。因为殷某是在酒店中毒的，所以应该由酒店承担赔偿责任，与此同时，法院应该追加某人民医院也承担相应赔偿责任。



【律师点评】

根据旅游企业是否专门为旅游者服务，旅游企业可分为专门的旅游企业（广称旅游企业）和辅助的旅游企业（包括个体工商户）。后者指本身的业务并不是专门为旅游者服务，但会偶然地或与专门的旅游企业签订合同后经常地为旅游者提供服务。旅游企业由于人员、财力、业务水平等各方面的限制，很难将与自己签了合同的旅游者在旅游过程中的饮食、住宿、交通、游览、娱乐和购物等一系列活动全部一手亲自提供，他们往往与这些行业的从业者合作，由这些经营者提供相应的旅游服务，而由旅游企业或旅游者向这些经营者支付价款或酬金。其合作的具体方式主要有：1. 旅游企业事先和这些经营者签订合同或口头约定，旅游企业带旅游者来这些经营者处用餐、住宿等，由旅游企业从旅游者交付的旅游票款中支付餐费、宿费等，这种方式一般是在旅游企业向旅游者收取全部旅游费用时采用的。2. 旅游企业带领旅游者在某一经营者处用餐、住宿，由旅游企业出面安排具体事务，由旅游者直接向这些经营者支付相关费用。以上这两种情况，如果旅游者在用餐、住宿等过程中发生中毒等人身伤害均应由旅游企业与这些经营者共同承担连带赔偿责任。因为这两种经营者都有保护旅游消费者人身、财产安全的法定义务。即使在第二种情况下，表面上看只有餐饮、旅游业经营者与旅游者签订了合同，而与旅游企业无关，实则不然。一方面，在整个旅游合同履行期间，旅游企业都有义务保证旅游者的人身、财产安全。另一方面，旅游企业安排旅游者的餐饮住宿应尽必要的注意义务，如审查其营业执照、卫生许可证等。发生人身伤害，旅游企业必须承担责任。

在旅游纠纷中，还有一种情况：旅游者用餐住宿并非旅游企业安排而是自己找定的。在这种情况下发生人身伤害事故，由于是在旅游

合同履行期间，旅游企业法定的保护旅游者人身、财产安全的义务仍应存在。综上所述，由于辅助旅游企业的过失造成旅游者人身、财产受损，旅游企业与辅助旅游企业应共同对损害承担赔偿责任。

具体到本案，殷某随旅行社外出旅游，在此过程中，由于在酒店就餐中毒，身体健康受损，由此带来一系列的财产损失，旅行社与酒店应共同对其损失承担赔偿责任，法院应追加酒店而不应追加某人民医院承担责任，因为该医院在此合同中，不是合同的任何一方。在整个过程中，该医院与旅游者没有民事法律关系。民事法律关系是指基于民事法律事实，由民法规范调整而形成的民事权利义务关系。民事法律关系是主体、客体、内容三个要素不可分离的有机整体，主体为权利义务之所属，客体为权利义务之所附。具体到本案，旅行社与酒店应对殷某由于食物中毒实际发生的医疗费、误工费、伙食补助费及由于身体健康受损导致的精神损失赔偿费共同予以赔偿以后，再按二者各自的过错划分各自应承担的份额。

56. 小孩从商场购物车摔下，谁应当承担赔偿责任？

【案情】

卓某带着4岁的儿子去北京旅游，在某超市购物时，卓某将儿子放在写有日文的购物车内。因为卓某认为购物车前部设置的婴儿座位太小，孩子在上面不舒服，便自作主张让儿子坐在购物车的下层。当时商场属于营业高峰期，顾客特别多，一名顾客后退时撞倒了卓某的购物车，小孩从车上掉下且被碰伤。卓某要求商场予以赔偿，由于双方不能形成一致意见，卓某遂起诉至法院，要求商场承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告卓某提出，购物车上虽有使用方法的说明文字，但都是日文，根本看不懂；同时超市工作人员及保安看到小孩没有按要求坐在购物车的座位上并没有加以制止，因此超市有不可推卸的责任，应当承担损害赔偿责任。

■ 被告超市提出，使用方法用日文标注不符合《产品质量法》，该责任应当由生产厂家承担，卓某应当直接向生产厂家索赔。而且，尽管卓某看不懂日文，但购物车上的座位形状能使有普通常识的人明白，且超市其他顾客的小孩绝大部分都坐在购物车前部的婴儿座位上，并且即使坐在下层，也不必然会引致小孩摔倒，小孩摔倒是因为购物车被撞倒，卓某作为小孩的监护人没有尽到应有的注意义务，有过失，卓某自己应承担一定的责任。



【律师点评】

本案主要是因为产品标识不确定所引起的纠纷，其责任主要应由生产厂家承担。同时，销售者和消费者也应分别承担部分责任。具体而言，生产者要对产品标识负责。产品标识是指由生产者提供的，在产品上或产品包装上为识别产品及产品特性等所作的表述。产品标识包括：产品质量检验合格证明，产品名称，生产厂厂名、厂址，产品规格、等级，产品所含主要成分的名称、含量、生产日期、安全使用期、失效日期，警示标志、中文警示说明等。产品标识可用文字、图案、符号、数字、标志等表示。生产者承担产品标识义务对于维护用户和消费者权益有重要意义。产品标识能够使广大用户和消费者选择产品，正确使用产品，维护产品。因此，产品标识一定要名副其实、准确无误、标准规范，符合《产品质量法》的要求，使消费者能准确选择和正确使用商品。因而正确、准确标注产品标识，是生产者的法定义务。

《产品质量法》规定：产品或者其包装上的标识应当符合下列要求：1. 有产品质量检验合格证明；2. 有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；3. 根据产品的特点和使用要求，需要标识产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，相应予以标明；4. 限期使用的产品，标明生产日期和安全使用期或者失效日期；5. 使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，有警示标志或者中文警示说明。《产品质量法》对产品标识作了详尽要求，生产者应严格遵守法律要求。第一，要求产品有质量合格证明。这是生产者对产品质量所作的明示保证。只有合乎产品质量标准，才能使用产品质量合格证明，对于不合格产品而使用合格证明的生产者，要给予法律制裁。第二，要求产品有名称、生产厂厂名、厂址。产品的

名称就是产品的名字，要求准确、明了、清楚。如果产品名称不当，就容易产生歧义，用户和消费者易产生误解。生产厂厂名是生产者的名称，必须真实，不能假冒或伪造生产厂名，否则属于违法行为。生产厂厂址要求具体、明确、准确，便于用户和消费者查询。第三，应根据产品特点和使用要求，标明产品标识。第四，对限期使用的产品要标明生产日期、失效日期等。由于某些产品，其质量有一定的时效性，在时效期限内，其质量有了保障，一旦经过了时效期限，产品就会变质、失效，所以这类产品应该标明时效范围。第五，对容易引起损害的产品应有警示说明。有些产品若使用不当，会造成产品损坏，甚至危及消费者人体健康、人身和财产安全。因此，对于这类产品必须有警示标志或者中文警示说明，以告诫用户和消费者警惕不安全因素，小心、谨慎使用这类产品。并且警示标志和中文警示说明要醒目、突出，使人一目了然，引起注意，否则起不到告诫作用。具体到本案，购物车的生产厂家违反了《产品质量法》中对生产者要求的承担产品标识的义务。具体违反的义务为：对使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，没有警示标志或者中文警示说明。因而，该购物车的生产厂家是本案中最终的责任承担者。

生产厂家违反标识的有关义务，应承担对消费者的责任，但就此不能排除消费者对经营者的索赔。《消费者权益保护法》第 35 条规定："消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。"从此法条中，我们可以得出如下

结论：消费者有选择赔偿主体的权利，可以从生产者、销售者中任择其一，也可以同时要求赔偿，生产者、消费者内部是独立责任，对消费者而言则应负连带责任。所谓连带责任，是指责任主体间有连带关系，每个人都对同一债务负有全部清偿责任。本案中，生产者、经营者不得推诿，必须首先承担消费者的赔偿责任，然后互相追偿。

《消费者权益保护法》第18条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求，对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。"在本案中，超市没有尽到应尽的义务，也没有阻止消费者不正确地使用其购物用具，因而也要承担赔偿责任。

当然，该案中卓某自己也有过错，需要承担一部分责任，其主要责任是对被监护人没有尽必要的注意义务。我国《民法通则》第18条第1款规定："监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。"卓某在超市购物时，有义务使孩子不受侵犯，应当考虑到顾客拥挤致购物车翻倒而危及小孩。实际上，即使该购物车有中文标识、小孩按要求坐在应坐的位置，但卓某若没有尽注意义务而导致购物车翻倒碰伤小孩，商家有减少其赔偿的权利，否则不利于促使监护人尽应有的谨慎注意义务。

57. 消费者在酒吧被打，酒吧是否承担赔偿责任？

【案情】

某日，范某、颜某（已判刑）与余某（在逃）、张某（在逃）等人在李某开的酒吧喝酒唱歌，在敬酒过程中，范某和余某用啤酒泼洒邻桌路过卫生间的陈某，当陈某返回其座位时，范某、颜某又伙同余某、张某冲上前围攻殴打陈某致其倒地后逃离现场，经法医鉴定，陈某系因左前胸受暴力打击损伤致心脏震荡死亡。经法院公开审理，判处范某有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年，判处颜某有期徒刑十年，并判处两被告人赔偿附带民事诉讼原告人陈某等经济损失人民币145370.67元。判决生效后两被告人因无经济能力未能履行赔偿义务，陈某家属只好以李某未尽安全保障义务，致使陈某死亡为由诉至法院，请求判令李某赔偿其经济损失。

【争鸣】

■原告陈某家属提出，本案损害系突发事件，应由行为人范某、颜某、余某、张某共同承担赔偿责任，但是鉴于范某和颜某无经济能力未能履行赔偿义务，余某、张某又外逃下落不明，同时店主李某疏于管理未尽安全保障义务，因此应由李某承担赔偿责任。

■被告李某提出，本案法院生效的判决已确定了全部赔偿责任由范某、颜某承担，陈某家属在未穷尽执行措施且未向另外两个行为人余某、张某请求赔偿情况下直接要求李某赔偿，属主体不适格，因此自己不应当承担赔偿责任。



【律师点评】

《消费者权益保护法》第7条规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。"第18条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。"最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第6条第1款规定："从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。"以上法律规定确立了经营者的安全保障义务。安全保障义务是指从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，应尽的合理限度范围内的使他人免受人身损害的义务。对经营者设置安全保障义务的法理依据主要来源于：(1) 危险控制的要求；(2) 收益与风险相一致的要求；(3) 经济分析和比较结论的要求。这种安全保障义务主要体现在对"物"和"人"两方面安全保障义务。而对"人"之方面安全保障义务集中体现在应有适当的人员为参与其社会活动的他人提供与其活动相适应的预防外来(外界、第三人)侵害的保障和对该经营场所内可能出现的各种危险情况要有效的预警，以防他人遭受损害，具体应包括警告、指示说明、通知和保障义务。



在本案中，李某作为酒吧经营者对消费者负有合理安全保障义务，但在该经营场所却没有配备应有保安人员，没有制定应付突发事件预案，且在发生伤害时，又未能自动有效劝解和及时报警，导致陈某的死亡结果发生，李某主观上明显具有一定的过错。李某系安全保障义务违反人，应承担相应的民事责任。

除此之外，李某还应承担补充赔偿责任。《解释》第6条第2款规定："因第三人侵权致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。"根据上述规定，实施直接加害行为的第三人可以确定的，由加害人或者其他负有赔偿义务的人承担责任。加害人无法确定或者无资力承担赔偿责任的，安全保障义务违反人在其能够预防或者制止损害的范围内承担补充责任，这就是经营者的补充赔偿责任，即法定的义务不履行行为与他人的侵权行为发生竟合而产生的补充责任。经营者的补充赔偿责任不是按份责任，而是一种替代责任，理应享有追偿权，这与典型补充责任又有不同。补充赔偿责任设置依据是：一方面给受害人提供必要而充分的保护，另一方面也要考虑到安全保障义务违反人经济赔偿的承受限度。在本案中，李某在范某、颜某已被判刑无力履行赔偿责任而余某、张某又外逃下落不明情况下，负有补充赔偿责任，应根据其过错大小或者在其能够预防或制止损害发生的范围内承担相应的赔偿责任，李某赔偿后有权向侵权人范某、颜某、余某、张某追偿。

58. 醉酒猝死酒店外，店主、酒友谁应当承担责任？

【案情】

某日，邓某与梁某、杜某、李某四人打完麻将后一起到某酒店吃夜宵，讲好由赢者邓某请客。席间大家互相敬酒，30 分钟后，杜某和李某二人先走。邓某和梁某二人继续喝酒，梁某喝了六两多酒，邓某喝了五两多酒，之后邓某便躺在椅子上。这时，老板娘冯某来结账，梁某叫邓某付账，冯某也叫邓某付账，但邓某伏在桌上没有反应。此后，梁某将邓某扶出店门口，冯某在门口拦了一辆的士，因不知邓某的住处未走成。此时，邓某讲要大便，梁某将其扶到离店门口十余米的墙边。冯某叫梁某把账付了，梁某不肯，二人发生争吵，梁某一气之下回家了。冯某遂将邓某的手机留置，声称等其明天醒酒后拿钱付账再拿手机。此时已到凌晨 1 点多钟，老板娘冯某关店门回家。次日早上，邓某被人发现死在某酒店附近街道的人行道上。市公安局作出法医学尸体检验报告，其分析意见为，全身各部位均未见暴力性损伤，可排除机械损伤及机械性窒息死亡的可能，结合现场，分析系醉酒加之气候寒冷冻死的可能性大。于是，邓某的家属将某酒店店主冯某及梁某、杜某（因不知李某的真实姓名及家庭详细住址，后放弃对其诉讼）一起告上法庭，要求他们对邓某之死承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告邓某家属提出，梁某、杜某与邓某同时参与饮酒，明知

邓某处于危险境地，未尽合理的安全保障义务，应承担主要的赔偿责任。店主冯某对邓某没有尽到法律范围内的合理安全保障义务，对邓某的死亡应承担民事赔偿责任。

■ 被告梁某提出，邓某作为完全民事行为能力人，明知醉酒的危险性，没有控制饮酒，加之天气寒冷死亡，应对自己行为产生的后果承担主要责任。

被告冯某提出，邓某应当知道过度饮酒的危害性，仍不加控制，其本身已存在过错，应由邓某自己承担主要责任。杜某与邓某多次交往，较为熟悉，在席间与邓某相互敬酒，对邓某过度饮酒没有加以劝阻及制止，以致邓某在饮酒过程中不断加量，其虽在中途回家，但对邓某之死亦应承担一定的民事责任。

被告杜某提出，自己只是参与饮酒，在邓某醉酒前且有人照顾的情况下已离开酒店，对此不应承担责任。



【律师点评】

本案的焦点问题是醉酒猝死酒店外，店主、酒友谁应当承担责任？在本案中，邓某等四人去吃夜宵是由邓某请客，在饮酒过程中其身体并无异常之处，席间虽互相敬酒，但邓某自身未控制酒量，导致醉酒。且其随身携带的手机设置在晚上11时自动关机，故其家人无法与其联系，最终造成醉酒加之气候寒冷冻死路边的严重后果。邓某系完全民事行为能力人，应当知道过量饮酒之害，故应对自己行为产生的后果负主要责任。

邓某等人到冯某经营的酒店就餐，双方之间形成了餐饮合同法律关系。冯某作为经营者，对来店就餐的消费者在整个就餐过程中的人身财产负有合理限度内安全保障的合同附随义务。冯某明知邓某喝醉

酒行为能力受限，还和梁某一起将其扶至店外，欲拦出租车送其回家，因不知其家住址未果后，没有进一步采取防范措施及时请求医学救助，而是弃之不管，加之天气寒冷等因素，致使邓某死亡。根据医学原理，醉酒后如救助及时得当，有可能避免死亡结果的发生，故梁某的行为与邓某的死亡有一定的因果关系，他对邓某没有尽到法律范围内的合理安全保障义务，对邓某的死亡应承担民事赔偿责任。但邓某应当知道过度饮酒的危害性，仍不加控制，其本身已存在过错，应当减轻梁某、冯某的赔偿责任。冯某在本案中承担次要赔偿责任。

梁某自始至终与邓某一起饮酒，在邓某饮酒过度、神志不清、能力受限的情况下，派生了一种救助义务。梁某明知过度饮酒可能危害生命健康，在邓某醉酒后与冯某一起将其扶至店外，弃之不管，没有及时请求医学救助，对邓某未尽合理限度内的安全保障义务，其行为与邓某的死亡有一定的因果关系，对此，应负相应的民事赔偿责任。但邓某应当知道过度饮酒的危害性，仍不加控制，其本身已存在过错，应当减轻梁某的赔偿责任。因此，梁某在本案中也应当承担次要赔偿责任。至于杜某与邓某一起吃夜宵，但在席间提前回家，当时邓某尚未醉酒也就没有发生派生的救助义务。后来邓某陷入醉酒的危险状况，其安全保障义务应由梁某、冯某承担，所以杜某在本案中不承担责任。

59. 经营者未尽安全保障义务致使消费者受损害，应否承担赔偿责任？

【案情】

2008年5月6日，乔某到孟某经营的位于湖边的饭店就餐。到达后，乔某被该饭店服务员安排在位于湖上的就餐船上就餐。该就餐船仅在船四周设置了0.8米高的护栏，别无其他防护设施，也未设置任何安全警示标志。酒宴快结束时，乔某从就餐船上跨越护栏来到与就餐船紧密相连的水泥船上，接着又跨到旁边无任何防护设施的小铁船上闲坐，后又用手机与人通话。由于坐立不稳，乔某不慎落入湖中，溺水而亡。事后，乔某亲属以孟某未尽安全保障义务为由诉至法院，要求赔偿损失356858元。

【争鸣】

■ 原告乔某家属提出，孟某作为经营者应当为消费者提供符合安全性能要求的设施设备，但其设置在就餐船上的护栏仅0.8米高，根本起不到防护作用，硬件设备明显存在缺陷，未能达到安全保障性能的要求，且其作为经营者应当能够预见到特色经营中存在的特殊风险，但其由于疏忽大意而未能预见，最终造成乔某死亡。因此，应视其未尽合理限度范围内的安全保障义务，其应承担相应的赔偿责任。

■ 被告孟某提出，乔某之死系其个人行为所致，孟某作为饭店经营者，已在合理限度范围内履行了安全保障义务，且主观上无过错，不应承担赔偿责任。



【律师点评】

本案涉及的是违反安全保障义务而引发的人身损害赔偿问题。违反安全保障义务的侵权行为是一种特殊侵权行为，是依据法律规定或合同约定对相对人负有安全保障义务的人，违反此种义务，进而造成他人人身损害，应当承担损害赔偿责任的行为形态。违反安全保障义务人身损害赔偿责任的构成要件为：侵权行为人实施了未尽安全保障义务的行为；负有保障义务的相对人遭受人身损害；相对人的人身损害事实与违反安全保障义务的行为具有因果关系；侵权行为人具有主观过错即未尽注意义务的过失。

就本案而言，关键的问题是孟某是否实施了未尽安全保障义务的行为，对此需具体分析。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条第1款规定："从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。"可见，判断孟某是否实施了未尽安全保障义务的行为，关键是看其是否尽到了"合理限度范围内"的安全保障义务。而安全保障义务的"合理限度范围"，需根据与安全保障义务人所从事的经营或其他社会活动相应的安全保障义务的可能性和必要性，并结合具体情况予以综合判断。一般判断标准为，该安全保障义务人的行为是否符合法律、法规或特定操作规程的要求，是否属于一个善良管理者应当达到的通常程度，以及安全保障义务人能否预见到危险或瑕疵的存在及预见可能性的大小。

本案中，孟某作为经营者应当提供符合安全性能要求的设施设备，但其设置在就餐船上的护栏仅0.8米高，成年人完全可以轻松跨

越，根本起不到防护作用。因此，其在经营场所设置的硬件设备明显存在缺陷，未能达到安全保障性能的要求。饭店的就餐消费者大多饮酒，酒后自控力相对较弱，该就餐船设置在湖上，随时可能遇到起风且风势相对较大等危险。但孟某忽视了这些危险的存在，既没有在就餐船上设置较高护栏以使消费者不能跨越，也没有设置安全警示标志对消费者进行必要提醒，因此，应视其未尽"合理限度范围内"的安全保障义务。乔某在事故中溺水死亡，与孟某未尽安全保障义务的行为具有一定的因果关系，孟某依法应承担相应的赔偿责任。

当然，乔某作为完全民事行为能力人，应当预见到喝酒后跨越就餐船护栏来到没有任何防护设施的空船上打电话或逗留所可能产生的危险，但其仍然实施该危险行为，因此其也应对自己的行为承担一定的责任。

60. 儿童在游乐场所受伤，商家是否承担赔偿责任？

【案情】

毕华（9岁）因学校离家较远，每天中午都在学校附近的快餐厅吃午饭。该餐厅内设有游乐园，供前来就餐的儿童游戏。某日中午，毕华吃过饭后到游乐园内玩。在玩滑梯时，由于后面的小朋友推挤，摔倒在地。同班同学将其抬回家，父母当即将毕华送往医院就诊。经诊断为右腿骨折，住院治疗1个月。于是毕华父母向人民法院提起诉讼，要求快餐厅承担赔偿责任。

【争鸣】

■原告毕华的父母提出，毕华到快餐厅用餐后，在餐厅内设的游乐园玩耍。因园内拥挤，餐厅也未派人进行疏导及看护，导致其在滑梯上被挤下摔伤骨折。后多次与快餐厅协商赔偿事宜，快餐厅借故推诿。根据《消费者权益保护法》的规定，快餐厅在其营业场所内设立“儿童开心园”，目的是为了招徕顾客，快餐厅就负有对该园进行管理和提供完善服务的义务。快餐厅未履行应尽的义务，就应对场内发生的损害承担民事责任，因此快餐厅应当偿付医疗费等费用。

■被告快餐厅提出，毕华是被别的小朋友挤下而摔伤的，挤她的小朋友才是致害人，餐厅不是致原告摔伤的致害人。餐厅所设游乐园采取自律自助的管理模式，不需设立专门的看护人员。餐厅没有法定的或者约定的看护义务，依法不应承担损害赔偿责任。毕华的法定

监护人失职，管理不当，对于毕华在脱管期间受伤的后果负有一定责任，请求驳回原告的诉讼请求。



【律师点评】

《消费者权益保护法》第18条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。"某快餐厅经营餐饮业，应属我国《消费者权益保护法》上所指的向消费者提供饮食商品和餐饮服务的经营者。毕华到餐厅就餐，并在就餐后在餐厅所设的游乐园玩耍，是一种生活消费行为，应属该法所指的消费者。因此，原、被告之间存在一种消费服务法律关系，应根据《消费者权益保护法》的规定来确定双方各自的权利与义务范围。再者，餐厅附设游乐园虽然不属公共娱乐场所，也不属社会上有偿经营的娱乐场所，但它是快餐厅向消费者提供的餐饮及服务的一部分，是为其餐饮商品销售目的服务的配套部分，或者说是其提供的不同于其他餐饮经营者的特色服务的一部分。正因为它属经营者向消费者所提供的一种服务，故产生了快餐厅所必须承担的义务，即经营者的这种保证消费安全的义务。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条规定："从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保

障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。”而从本案查明的情况看，当时园内小朋友较多，比较拥挤，但毕华却无人在场照管、疏导，这是完全有悖于其作为经营者应负的保证消费安全义务的要求的。产生这种情况，无论是毕华没有认识到自己的义务所在，还是毕华疏忽，轻信不会发生事故，这都是快餐厅主观上的过错和客观上的过错。因此，毕华被挤下虽属偶然，但和快餐厅不加管理的过错行为却有着直接因果关系。

毕华在没有成年人带领下前来快餐厅就餐，并在就餐后到“儿童开心园”玩耍，其行为本身并无过错。快餐厅对这种没有成年人带领的无行为能力人，不能以脱管为理由来推卸自己的责任，相反是加重了责任。到快餐厅玩耍的小朋友，不一定都有其他人带领，所以，快餐厅应设专人对这部分小朋友特别予以照顾（无须法律明示）。快餐厅为其商业目的，特设“儿童开心园”，虽然不乏营造舒适消费环境之善意，但其根本的目的是为了招徕顾客，创造其竞争条件。因此，快餐厅应当充分考虑设置后的安全，特别是对无行为能力的少年儿童的人身安全，更需倍加关照。未成年人或者说无行为能力人的法定监护人负有法定监护义务，但对此不能理解为法定监护人必须形影不离地跟随被监护人，被监护人“脱管”的现象是经常存在的。在“脱管”情况下，被监护人受到伤害，不能仅以脱管就认定监护人未尽到监护职责，而应以监护人当时的监护职责是否能够实际行使而实际上怠于行使来认定。特别是在产生有诸如本案被告特别照看无行为能力人义务的场合，就更不能把快餐厅未尽的义务解释为监

护人同时也未尽到义务，让监护人自负一定责任，从而减轻被告的责任。因此，对毕华在快餐厅所设的“儿童开心园”所受到的人身损伤，是因快餐厅未尽到其保证消费服务安全义务所造成的，快餐厅应负全部的损害赔偿责任。

61. 消费者在景区摔伤后，旅游公司是否承担赔偿责任？

【案情】

2011年4月14日，管某带其生意上的伙伴到某风景区旅游，在其购买参观券及游客人身意外伤害综合保险进入旅游区游玩时，管某因踩踏风景区设置的水车时从水车上摔下水沟，致其受伤。事后，管某经医院诊断为左桡骨远端骨折，共花去医疗费2118.80元。管某遂诉至法院，要求法院判决旅游公司承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告管某提出，购买旅游门票进入风景区旅游，双方即形成了旅游服务合同关系，旅游公司应当尽到保证人身安全的义务，且该义务应贯穿于旅游的全过程。旅游公司安放在风景区的脚踏水车本身存在一定的安全隐患，又没有安排专门的工作人员看护及现场指导，致使其在踩踏水车过程中摔伤，对因此造成的各项合理损失应负赔偿责任。

■ 被告旅游公司提出，管某在我处游玩受伤属实，但他没有看到有关的警示标志，53岁的年纪去踩水车，从水车上掉下来受伤，其自己存在严重过失，旅游公司已经履行了义务，应由管某自己承担责任。而且，管某在我处旅游时，旅游公司已经为其购买了保险，管

某应当找保险公司索赔。因此，旅游公司请求法院驳回管某的诉讼请求。



【律师点评】

本案是一起典型的旅游服务合同纠纷。旅游公司是作为提供旅游服务方，管某则是接受旅游服务方，双方之间形成了一种旅游服务合同关系。根据我国《合同法》的有关规定：合同当事人应按照约定全面履行自己的义务，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失。我国《消费者权益保护法》规定：消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利，消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求，消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。《旅行社条例》第39条规定："旅行社对可能危及旅游者人身、财产安全的事项，应当向旅游者作出真实的说明和明确的警示，并采取防止危害发生的必要措施。发生危及旅游者人身安全的情形的，旅行社及其委派的导游人员、领队人员应当采取必要的处置措施并及时报告旅游行政管理部门；在境外发生的，还应当及时报告中华人民共和国驻该国使领馆、相关驻外机构、当地警方。"《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第7条规定："旅游经营者、旅游辅助服务者未尽到安全保障义务，造成旅游者人身损害、财产损失，旅游者请求旅游经营者、旅游辅助服务者承担责任的，人民法院应予支持。因第三人的行为造成旅游者人身损害、财产损失，由第三人承担责任；旅游经营者、旅游辅助服务者未尽安全保障义务，旅游者请求其承担相应补充责任的，人民法院应予支持。"第

8 条规定："旅游经营者、旅游辅助服务者对可能危及旅游者人身、财产安全的旅游项目未履行告知、警示义务，造成旅游者人身损害、财产损失，旅游者请求旅游经营者、旅游辅助服务者承担责任的，人民法院应予支持。"因此，本案中旅游公司未提供符合保障游客人身安全的事宜，导致管某在旅游中受到人身损害，旅游公司应承担赔偿责任。

在旅游服务合同中存在一个举证责任的分配和责任的承担问题。因为该案是旅游服务合同纠纷，因此合同双方应对自己履行合同（包括合同的附随义务）的行为负举证责任。本案中，旅游公司要提供证据证明证实当时有保护人员以及警示牌（包括内容）是案发前已经设立的。而且，即使有证据证明案发前已经设立警示牌，这种警示的内容和位置还必须能够引起消费者足够的注意，才说明尽到了告知和警示义务。如果不能提供上述证据，就只能推定管某没有得到明确的警示，就说明旅游公司的服务存在缺陷，没有履行告知和警示义务，构成侵权。

在旅游服务合同中还存在一个选择适用法律的问题，是选择适用侵权责任还是选择适用违约责任？这两种选择的不同，判决结果也会不同。侵权责任，根据双方当事人的不同过错程度，对受害人的损失在当事人之间进行了相应的分担。合同责任，认定一方违约，即承担100%的违约责任，赔偿全部损失。由此可见，同一损害事实，因适用的法律不同，受害者得到的赔偿就会不同。而根据法律的规定，适用法律的选择权不在法院，而在当事人，当事人可以选择对自己最为有利的法律来维护自己的权利。但也应当注意的是，当事人选择法律索赔的前提，必须是同一损害事实，既构成违约责任，又构成侵权责任，在两种责任产生竞合的情况下，当事人才能对索赔的法律有所选择。由于本案中的当事人主张的是合同责任，《合同法》规定，"损失赔偿额应相当于因违约所造成的损失"，所以旅游公司应该就造成的损失承担赔偿责任。

62. 小孩就餐时被烫伤，赔偿责任由谁承担？

【案情】

赵明明的父母为庆祝儿子的6岁生日，带着孩子和亲友外出聚餐。用餐过程中，赵明明独自在餐桌旁玩耍。服务员将添茶用的开水壶放在相邻的餐桌上。赵明明手扶搁台边，在玩耍时扶着餐桌的边缘，导致水壶翻倒，将其烫伤。在治疗过程中，花去各种医疗费用八千多元。赵明明的父母以孩子的名义向人民法院提起诉讼，要求饭店承担赔偿责任。

【争鸣】

■原告赵明明父母提出，某饭店的服务员放置开水壶不当，造成赵明明被烫伤，应当赔偿损失。

■被告某饭店提出，服务员将开水壶放在邻近餐桌上，赵明明家长看见而清楚，且已提醒过小孩不要乱摸乱动，当心被烫。因赵明明不听话，家长未尽好监护责任而造成烫伤，其后果应由家长承担。



【律师点评】

《消费者权益保护法》第7条规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。"第18条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财

产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。”基于经营者对消费者的法定义务，不仅经营者提供的场所、设施、设备等硬件条件应符合保障消费者人身、财产安全的要求，经营者提供的服务行为也应符合这种要求。在本案中，某饭店的服务人员在无民事行为能力的儿童就餐时，应当更加小心自己的服务、操作行为，并注意观察离开餐桌活动的儿童的动向，防止危险的发生。但服务人员并未小心操作和密切观察，有特定情况下的疏忽大意，造成损害发生，应当承担损害赔偿责任。作为无民事行为能力人的赵明明随其父母外出用餐，虽然某饭店作为提供就餐服务的经营者依法负有保障顾客人身、财产安全的法定义务，但并不因此而减轻或免除其父母作为监护人的监护责任。在这种情况下，赵明明处于双重保护之中，即其监护人的监护保护和经营者对消费者的人身安全保护。基于监护人对被监护人人身保护的监护职责，赵明明的父母带其外出就餐，应随时密切注意赵明明的行为，不能仅顾自己就餐，特别是在餐厅这种走动人员多、桌椅多、餐具易碎和火、烫危险随时存在的情况下，更应当提高自己的注意程度，提醒和制止孩子的某些行为，但其并未这样做，有监护不当的过失，是赵明明被烫伤的原因之一，其应承担相应的民事责任。综上所述，本案应当由经营者某饭店承担主要责任，赵明明的父母承担次要责任。

63. 顾客尚未入店用餐即摔伤，能否获得酒店赔偿？

【案情】

2007年12月23日，岑某与其同事相约去一火锅店用餐。当岑某踏上该火锅店的台阶时，由于台阶上结的冰没有清理干净，台阶又未加盖防滑垫，岑某一下子滑倒在地上。岑某随即被送往医院治疗，经诊断为髋骨骨折，用去医疗费16387.6元。事后由于火锅店拒绝赔偿，岑某起诉到法院。

【争鸣】

■原告岑某提出，自己是去火锅店用餐时摔伤的，尽管双方尚未形成饮食服务合同法律关系，但去火锅店是为了消费，是去给火锅店创造利润。火锅店作为期待获利者，根据公平原则，应当补偿岑某损失。而且火锅店未尽照顾、保护消费者人身及财产安全的义务，导致前来用餐的岑某滑倒摔伤，火锅店有明显过错，应当赔偿岑某的损失。

■被告火锅店提出，岑某并未进入火锅店用餐，还没有开始消费，双方尚未形成饮食服务合同法律关系，彼此之间没有权利义务关系。岑某的伤是意外造成的，对岑某的损害后果，火锅店既没有过错，又没有法定或约定的义务，因此，火锅店不应承担赔偿责任，法院应驳回岑某的诉讼请求。



【律师点评】

本案涉及的是缔约过失责任和先合同义务问题。《合同法》第42条规定："当事人在订立合同过程中，有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任……（三）有其他违背诚实信用原则的行为。"该条是关于缔约过失责任的规定，在合同订立过程中，一方当事人因没有履行依据诚实信用原则所应负的义务，而导致另一方当事人遭受一定的损失，在这种情况下，前者要承担相应的民事责任，这种责任即为缔约过失责任。依据诚实信用原则，当事人在订立合同过程中，应当负有一定的注意而履行必要的义务，这些义务不属于合同约定的义务，而是一种先合同义务（或合同前义务），先合同义务是一种附随义务。也就是说，不管合同是否订立，只要违反了诚实信用、公平原则，给对方造成损失，就应当赔偿。

在本案中，火锅店作为饮食服务行业的经营者，其先合同义务包括：谨慎、小心地照顾顾客，采取积极措施，尽可能地保护顾客的人身及财产安全。火锅店明知下雪天台阶结了冰，如果不及时清理或采取其他防滑措施，顾客经过时有可能会滑倒，然而火锅店却疏忽大意没有预见或已经预见但轻信可以避免。火锅店没有尽到应尽的职责和注意义务，即没有对顾客做出警示或提示，也没有采取保护措施，最终导致岑某滑倒摔伤。火锅店有明显的过错，违反了先合同义务。尽管岑某尚未进入火锅店，没有进行实质性的消费，但岑某来此是与同事约好，目的是为了就餐、消费。岑某来火锅店的行为是一种欲与火锅店订立饮食服务合同的要约行为。因此，岑某应认定为缔约一方当事人。火锅店违反先合同义务的行为与岑某被摔伤的结果有直接的因果关系，符合缔约过失责任的构成要件，火锅店应当承担赔偿责任。

64. 餐厅的狗咬伤顾客，餐厅是否应当承担赔偿责任？

【案情】

皮某到某餐厅就餐。就餐期间，皮某到餐厅外的走廊上接听电话，被该餐厅老板喂养的狼犬咬伤左小腿。皮某急忙赶到防疫站注射狂犬疫苗，又到医院进行伤口清创包扎。由于咬伤严重，深达筋膜，为防病情恶化，皮某又到当地医院住院治疗。事后，皮某找到餐厅老板，商谈赔偿事宜。该餐厅老板以种种借口推卸责任。经多次协商未果，皮某向当地人民法院提起诉讼，认为其在某餐厅就餐期间被餐厅老板饲养的狼犬咬伤，而且自身没有过错，某餐厅应承担赔偿责任。为证明其主张，皮某提供了书面的证人证言，证明其在某餐厅就餐期间，到餐厅外的走廊上接听电话时被餐厅老板饲养的狼犬咬伤；同时提供某派出所接警登记表一份，证明其在某餐厅就餐期间，被狼犬咬伤。除此之外，皮某还向法庭提供了其住院期间的病历。

【争鸣】

■原告皮某提出，根据《民法通则》第127条的规定，动物致人损害的，由动物饲养人或管理人承担民事责任。本案中，皮某在某餐厅就餐过程中，被餐厅老板所饲养的狼犬咬伤，而某餐厅提供的证据又不能证明皮某受伤是其自身过错所致，故某餐厅理应对皮某的损失进行赔偿。

■被告某餐厅提出，皮某到该餐厅就餐属实，但某餐厅工作人员并不知道也未见到皮某被自己的狗咬伤，皮某当时既未告诉餐厅工

作人员其被狗咬之事，也未向该餐厅索要钱款打针，第二天上午某派出所才到某餐厅了解情况。同时，该餐厅老板饲养的狼狗一直都是圈养的，并提供了相应的证人证言及照片，照片显示既有铁栅栏，又拴有铁链子，不可能咬伤皮某，因此某餐厅不应承担赔偿责任，请求人民法院依法驳回皮某的诉讼请求。



【律师点评】

本案涉及动物致人损害的责任承担问题。对于动物致人损害，《民法通则》第127条规定："饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。"《侵权责任法》第78条规定："饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。"动物致人损害是一种特殊侵权行为，其有两个构成要件：1. 须是饲养的动物造成他人损害。所谓饲养的动物，是指人工喂养和管理的动物。因此，野生动物不属此列。2. 须因动物自身的动作造成他人损害。这是指动物基于其自身的危险性，在不受外力强制或驱使下实施的自身动作。因此，如果动物在人的驱使或强制下伤害他人，则动物实际上成为人实施侵权行为的工具，应认定为一般侵权行为，而非动物致人损害。依据《民法通则》第127条的规定，动物致人损害的免责事由有以下三条：1. 受害人过错。受害人过错包括故意与过失。故意是指受害人有意挑逗动物致害。过失是指受害人知道或者应当知道有被动物损害的危险而不予躲避的心理状态。受害人因故意行为而致害的，动物所有人或管理人可以免责。但

是，如果受害人因过失致害的，则不能机械理解《民法通则》第127条而认定动物所有人或管理人免责，而应当结合该法第131条的规定，根据致害发生的具体情况来判定是免责还是减轻责任。2. 第三人的过错。第三人有意诱使或迫使动物致人损害的是故意。第三人应预见到损害的发生而未预见到或者预见到而希望能避免的，是过失。第三人过错应由动物饲养人或管理人举证。如果不能证明第三人有过错，则仍应当承担责任。3. 动物饲养人或者管理人与受害人事先有免责的约定。如果动物饲养人或管理人与受害人事先有明示或者默示的免责约定时，可以免除责任。在诉讼中，由动物的饲养人或管理人承担举证责任，即如果他不能证明上述免责事由的存在，则应当承担民事责任。

在本案中，皮某提供的证人证言与派出所的接警登记表能够相互印证，且其提交的病历形成一条完整的证据链，足以证明皮某在某餐厅就餐过程中被餐厅老板饲养的狼犬咬伤左小腿；而某餐厅提供的证人证言及照片，仅能证明餐厅老板饲养的狼犬在通常状况下是圈养的（有铁栅栏并拴有铁链子），而不能证实事发时该狼犬的状况，更不能证明有任何免责事由的存在。因此，某餐厅的答辩主张理由不成立。其作为动物饲养人，理应承担责任。《消费者权益保护法》规定，消费者在购买商品或接受服务时，其人身及财产权益受法律保护，如人身或财产权益受到损害的，享有依法获得赔偿的权利。《民法通则》第127条也规定，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养者或管理者应当承担民事赔偿责任。皮某在某餐厅就餐过程中，被餐厅饲养的狼犬咬伤，且无任何免责情形存在，该餐厅理应承担全部赔偿责任。

65. 啤酒瓶因不明原因爆炸的，商家是否承担赔偿责任？

【案情】

2011年3月某日，索小明（6岁）一家人正在吃晚饭。索小明的父亲将一瓶啤酒放在地板上，意想不到的是，啤酒瓶突然间发生爆炸。当时正蹲在地上玩耍的索小明被迸出的碎玻璃击中右眼。索小明父母立即将儿子送往医院治疗。但由于伤势过重，索小明右眼失明。经有关机构鉴定，未能查明啤酒瓶爆炸的具体原因。索小明的父母向人民法院提起诉讼，要求生产厂家和啤酒经销商给予赔偿。

【争鸣】

■ 原告索小明的父母提出，由于生产厂家和啤酒经销商生产和经销的产品存在质量缺陷，造成索小明受伤致残。生产厂家和啤酒经销商存在严重过错，造成消费者合法权益受到损害，依据我国《民法通则》和《产品质量法》、《消费者权益保护法》的有关规定，请求判决其赔偿损失。

■ 被告生产厂家提出，《民事诉讼法》第64条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"本案中啤酒瓶爆炸的具体原因无法查明，不能认定是产品自身的质量缺陷造成的，因此存在消费者使用不当造成人身损害的客观可能性，生产厂家不应当承担赔偿责任。

被告经销商提出，没有证据证明经销商在销售过程中造成啤酒瓶

安全隐患，不同意承担赔偿责任。



【律师点评】

《民法通则》第122条规定："因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。"《侵权责任法》第43条规定："因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。"《产品质量法》第43条规定："因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品的销售者赔偿的，产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任，产品的生产者赔偿的，产品的生产者有权向产品的销售者追偿。"第41条规定："因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害的，生产者应当承担赔偿责任。生产者能够证明有下列情形之一时，不承担赔偿责任：（一）未将产品投入流通的；（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。"从以上规定可以看出，产品的生产者和销售者因产品缺陷造成受害人人身、财产损害时，首先推定生产者与销售者有过错，应当承担责任，只有出现法定免责事由时，才能解除过错推定，予以免责，如果举不出法定免责事由，就应当先行承担民事责任，之后再根据对产品缺陷有无责任行使追偿权。

可见，我国法律规定的产品责任采用的是无过错推定原则。所谓无过错推定原则，是指在某些特殊情况下，由损害事实本身推定加害人有过错，并据此确定过错行为人赔偿责任的原则。这一原则的特殊性在于对举证责任的要求不同，即损害事实发生后，受害人无须提供加害人有过错的证据，而由加害人承担举证责任，加害人须提出其不承担责任的无过错理由，这种无过错的理由须是法律直接规定的，如果提不出理由或这种理由不能成立，即确定主观上有过错，并由此承担民事责任。实践证明，通常情况下，产品缺陷在产品生产过程中就已经存在。而在产品生产过程中，生产者一直处于主动、积极的地位，只有他们才能及时认识到产品存在的缺陷并能设法避免。大多数消费者由于缺乏专业知识和对整个生产过程的了解，不可能及时发现产品的缺陷并以自己的行为防止其造成的危害。正是由于生产者在产品生产过程中所处的这种特殊地位，才使法律将产品责任规定为无过错责任。产品责任的无过错归责表现在：只要发生了与产品缺陷有关的人身或者其他财产损害，生产者就应当承担赔偿责任；生产者只有在能够证明产品具有未投入流通等三种法定情形时，才能够免除这种赔偿责任。在本案中，生产厂家与经销商均未能提供其产品不存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险或产品符合保障人体健康、人身、财产安全的国家标准和行业标准的证据，也未能有效提供法定免责事由的证据，因此，应当承担举证不能的后果，并承担全部责任。

66. 拓展训练中猝死，人身损害赔偿责任应当如何承担？

【案情】

2008年3月28日，施方公司组织了为期三天的体能拓展训练。方某与其单位的李榕一同参加了该项活动，未交纳活动费用。活动进行到第二天时，主办方组织大家登山进行拓展训练，对学员进行了分组，并订立了训练规则及惩罚措施。在上山过程中，方某突然晕倒，其他学员随即对方某进行了人工呼吸、心脏按压等急救措施，并1小时后拨打“120”请求援助。“120”急救车于下午3时30分左右赶到事发现场，将方某送往医院，下午5时30分左右方某死亡。经法医学司法鉴定中心鉴定，方某的死亡原因符合心源性猝死，登山等体力活动是导致死亡发生的诱因。方某家属诉至法院，请求判令施方公司应承担全部赔偿责任，赔偿经济损失二十余万元。

【争鸣】

■ 原告方某家属提出，其子方某在参加施方公司举办的超级潜能开发特训营拓展训练中，由于施方公司事先未对学员的身体进行体检，未进行必要的体能渐进训练，贸然将学员带至偏远山区进行体能拓展训练，且未配备处理紧急事故的专业医务人员和医疗设备，未办理意外伤害保险，造成方某在长达6个小时的时间里无法得到专业救治，导致死亡，请求判令施方公司应承担全部赔偿责任，赔偿经济损失二十余万元。

■ 被告施方公司提出，其所组织的“领导潜能激发训练营”活动不属拓展训练，方某系其单位的李榕私自带来参加活动，双方没有签订培训合同，方某也未交纳相关培训费用，其与方某之间不存在委托培训的合同关系。而且登山仅为一般运动，运动强度不大。法医鉴定方某死亡的根本原因符合心源性猝死，登山等体力活动仅为诱因。方某发病后，其立即进行了积极的施救，并向“120”求援，已尽到了力所能及的安全保障义务，不应对方某死亡承担责任。



【律师点评】

拓展训练，又称户外体验式培训，是近几年发展起来的一个新兴行业。拓展训练活动，通常是利用崇山峻岭、瀚海大川等自然环境，通过精心设计的活动达到“磨炼意志、陶冶情操、完善人格、熔炼团队”的培训目的。训练内容从体能训练、生存训练到心理训练、人格训练、管理训练等。由于上述训练是以人为对象的教育培训活动，它包含着体育运动、野外活动等内容，具有活动性、挑战性的特点。施方公司虽否认其组织的“领导潜能激发训练营”属于拓展训练，但根据该公司策划书及其与参加训练人员签订的合同约定分析、确定：“领导潜能激发训练营”应该是拓展训练的一种形式。因为“领导潜能激发训练营”活动，受训人员需交纳一定费用，活动目的系培养团队精神，增强人际沟通，挖掘人体潜能，训练内容既包括授课，又包括野外训练、登山活动等，该登山活动明显具有拓展训练的因素，且远离城市、运动强度大、有一定风险。因此，施方公司主张其组织的“领导潜能激发训练营”活动不是拓展训练活动的理由不能成立。同时，方某生前参加施方公司所组织的“领导潜能激发训练营”活动，虽然没有受组织者施方公司的邀请，也没有交纳相关

费用，表面上看，双方没有形成培训合同关系，但方某参加训练营活动时，施方公司未提出反对意见，并将其编入学员组参加活动，实质上已承认和默许方某作为其学员参加活动。因此，方某与施方公司之间已形成事实上的合同关系。施方公司主张其与方某未形成合同关系的理由不能成立。

那么，施方公司是否应当就方某在登山活动中死亡承担责任呢？施方公司认为其所组织的登山仅为一般性活动，运动强度不大。法医鉴定方某死亡的根本原因符合心源性猝死，登山等体力活动为死亡的诱因。施方公司作为拓展训练活动的经营、组织者，应当对学员负合理范围内的安全保障义务。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条规定："从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。"施方公司不但是"领导潜能激发训练营"活动的组织实施者，而且是"领导潜能激发训练营"活动的经营者，应当对参训人员的身体状况充分了解、配备安全防护措施、专业救护人员，保障参训人员的人身安全。但施方公司在此次培训前及活动中未对方某等学员的身体状况进行必要的了解、检查，亦不具备有效的安全防护措施及配备专业救护人员。方某突发病症后，施方公司虽组织人员施救，但救治方法是否妥当难以认定，且事发后1小时才拨打"120"急救电话，亦存在贻误救治的可能性，故施方公司在合理范围内没有尽到安全保障义务，应当对方某死亡的损害结果承担赔偿责任。

不过，考虑到法医学司法鉴定中心鉴定结论为：方某的死亡符合心源性猝死，登山等体力活动是导致死亡发生的诱因。从医学角度讲，心源性猝死，是因心肌梗死、呼吸堵塞而发生的死亡，而方某的身体存在发生心源性心脏病猝死的特质。方某登山过程中死亡的根本

原因是其自身疾病所致，况且，方某对其在登山时身体出现不适，应该有所预见，但其疏于防范，以致死亡，方某本人对损害结果的发生有过错。退一步说，即便是施方公司在方某发病过程中尽到了合理范围内的安全保障义务，且施救得当，但能否挽救方某的生命尚属不确定因素。因此，方某本人也应当对损害结果承担一定责任。

67. 火灾原因不明，举证责任应当如何分配？

【案情】

2007年9月24日中午11时左右，某饭店业主杨某所雇请的厨师安某正在厨房间猛火灶旁工作，当时厨房内有一个猛火灶和炭火炉在使用，另一普通灶未用。突然厨房间起火，致厨师安某被烧伤。经报警，消防大队到场灭火后即离开。当天，安某向消费者协会举报称，火灾系因杨某购买的煤气软管爆裂所致。第二天，消费者协会对厨房内的两根煤气软管进行封存。2007年10月31日，杨某与厨师安某就损失达成赔偿协议约定，安某的医疗费等各项损失合计79337.50元，由杨某赔偿且实际履行，杨某有权向事故责任方追偿经济损失。

2008年3月30日杨某诉至法院称，因倪某所出售的煤气软管不能承受煤气压力而爆裂引起火灾，故要求倪某赔偿其已支付的医疗费用。审理中，法院依职权对饭店的起火原因委托鉴定。2008年8月4日，公安消防大队做出火灾原因调查，认为该起火灾中饭店未能认真履行保护火灾现场的义务，火灾发生后当天下午即将现场进行了清理，现已无法按程序进行现场勘查。鉴于无准确认定火灾原因的充分证据，故该起火灾原因不明。

【争鸣】

■原告杨某提出，根据最高人民法院有关证据规则的司法解释，此类案件实行举证责任倒置，由产品的生产者、销售者就法律规定的

免责事由承担举证责任。本案火灾原因不明，产品的生产者、销售者未能就法律规定的免责事由举证，也未能提供产品的合格证和生产厂家，可以推定火灾系该软管爆裂所致，应由软管销售者倪某赔偿损失。

■ 被告倪某提出，本案虽然适用举证责任倒置，但是因缺陷产品致人损害侵权诉讼的特殊侵权的证据规则，并没有免除原告的举证责任，原告杨某应首先提供证据证实所购买的煤气软管存在质量缺陷且该质量缺陷与火灾存在因果关系。现经鉴定认为起火原因不明，这就首先要求杨某进行举证，以证明该软管存有缺陷，且起火是由该缺陷引起的。现根据鉴定结论，起火原因尚不能确定，因此不能推定火灾是由于软管存在缺陷而导致的。所以，由于杨某提供的证据没有举证到位，应驳回其诉讼请求。



【律师点评】

根据《中华人民共和国民法通则》第122条的规定，产品因存在缺陷造成他人财产或人身损害的，产品的销售者应当承担侵权责任。但本案的争议焦点在于，本案所涉的软管质量是否存有缺陷，火灾是否系该软管爆裂所致，对该事实的证明责任应由谁承担。对此，应当明确以下两个问题。

首先，特殊侵权案中应负的举证责任并不能完全免除。因缺陷产品致人损害的侵权诉讼中，虽然实行的是严格责任原则，产品的生产者或销售者只就法律规定的免责事由承担举证责任。但受害人仍须就投入流通时的产品存在缺陷、使用缺陷产品所导致的人身伤害和缺陷产品外的其他财产损害、产品缺陷与受害人所受损害之间的因果关系负有举证责任。本案中，对软管质量问题，倪某虽未能提供产品的合

格证和生产厂家，但法院确实可对该软管的质量产生合理怀疑。但是退一步讲，即使该软管存有质量缺陷，杨某仍须对产品缺陷与其所受损害之间是否存在因果关系负有证明责任，这实质上已成为案件审理的关键。因为，因果关系是确定责任的归属与控制责任范围的重要要件，是责任人承担责任的基础和必要要件，是“为自己的行为负责”原则的必然引申，具有民法上的因果关系。在本案中，因果关系要确定是否由软管这一物件造成了损害，以确定由谁承担责任。根据证据距离的远近，接触证据、收集证据的能力，作为产品使用人、事故现场当事人，杨某拥有优势，应负产品缺陷与安某所受损害之间因果关系的举证责任，而倪某并不具有举证的便利条件，若将此举证责任转移由被告倪某负担有失公平。

其次，本案中杨某本可固定证据，但未尽职。杨某本应保护好火灾现场，以便查明起火原因、分清责任，但其未能保护好火灾现场，也未及时申请火灾原因认定，以致法院委托鉴定均无法作出认定，而且作为正在使用的厨房，起火原因确实存在多种可能性，从现有的证据也无法完全排除其他原因。厨房设备本身属系统性设备，起火原因与使用有关，除了软管、罐子可能引起外，还有减压阀、接口、灶具本身等诸多环节均可能引起。所以，本案中并不能推定火灾系该软管爆裂所致，厨房起火原因涉及的相关事实仍处于真伪不明的状态。如前所述，根据证据距离的远近，接触证据、收集证据的能力，作为产品使用人、事故现场当事人，杨某拥有优势，对此应负相应的举证责任。

因为举证责任不仅是一种行为上的责任，同时更重要的还是一种结果上的责任。根据这种结果责任，法院在案件事实真伪不明时，依照举证责任原则，可以作出裁判，将由此而产生的不利法律后果判归对该事实负举证责任的一方当事人承担。这种意义上的举证责任概念，就其实质而言乃是一种实体性裁判规范，这种规范可以指示法官

用一种可预见的、相对合理的方式处理事实真伪不明的案件，这也符合客观举证责任规范学说。据此，依照举证责任分配原则，在本案中杨某未能举证证明火灾系软管爆裂所致，不能证明其损害与该软管爆裂之间存有因果关系，故应承担举证不能的法律后果。

68. 客运车辆发生交通事故导致乘客死亡，如何赔偿？

【案情】

2007年春节期间，田某搭乘某客运公司的班车返乡。车辆行驶途中，在某公路拐弯处与一辆小货车发生碰撞，发生倾覆，翻入路边的沟中。田某受重伤被送往医院抢救，但因伤势过重，经抢救无效死亡。经公安机关交通管理部门现场勘查认定：小货车对此次交通事故承担全部责任。田某的家属向某客运公司要求赔偿，就医疗费、误工费、护理费、交通费、丧葬费等项双方无异议，但对受害人家属要求的死亡赔偿金和被扶养人生活费，客运公司不同意赔偿。双方经公安机关交通管理部门调解未能达成一致，田某家属遂诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告田某家属提出，田某搭乘某客运公司的班车，与某客运公司形成了客运合同关系。作为客运服务的消费者，田某享有人身、财产安全不受损害的权利，客运公司应当承担经营者的安全保障义务，将田某安全地送达目的地。车辆在途中发生交通事故，造成田某伤重死亡。《消费者权益保护法》第42条规定："经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。"某客运公司应当按照上述法律规定承担赔偿责任，支付田某的死亡赔偿金和被扶养人生活费。

■ 被告某客运公司提出，《合同法》第113条规定："当事人一

方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”本案中，客运公司不存在欺诈行为，本案应当适用《合同法》而不是《消费者权益保护法》。死亡赔偿金具有精神损害赔偿性质，被扶养人生活费是第三者损失，是作为承运人在订立合同时所不能预见的，既不是合同关系中的直接损失，也不是间接损失，故不属于合同违约赔偿损失的范畴。



【律师点评】

本案首先要解决的是客运合同损害赔偿案件能否适用《消费者权益保护法》的问题。《合同法》第113条第2款规定：“经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”此条法律规定应理解为：当事人因客运合同发纠纷，原则上适用合同法。只有发生了合同法规定的欺诈情形时，才适用《消费者权益保护法》的规定。即便《合同法》与《消费者权益保护法》在适用中发生冲突，也应当适用《合同法》。首先，《消费者权益保护法》颁布于1993年，而《合同法》颁布于1999年，根据后法优于前法的原则，应当先适用合同法。由于客运合同也是一种服务合同，因此可以认为关于客运合同，两部法律都有规定。从新法优于旧法的角度分析，《合同法》具有优先适用的效力。其次，《消费者权益保护法》仅从一般消费的角度对客运合同作了原则性的规定，而《合同法》用专节对客运合同的定义、权利义

务、法律责任作了具体规定。因此，就客运合同而言，《消费者权益保护法》的规定是原则性的，《合同法》的规定是特别的、具体的。从特别法优于普通法的角度，《合同法》也具有优先适用的效力。

关于违约责任的赔偿范围，我国《合同法》第112条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。"这里的损失既包含财产损失，也包含人身伤害和精神损害，违约的情形多种多样，并不是所有的违约行为均能产生精神损害或者人身伤害的后果。总体上违约责任不应当适用精神损害赔偿的规定，但具体情况应当具体分析。同时《合同法》明确规定"承运人对承运的旅客造成人身伤害的应当承担赔偿责任"。该条文本身就隐含着一个赔偿范围，即人身伤害赔偿范围，《合同法》第112条规定的范围实际上与侵权行为的赔偿责任范围在实体处理上相一致。我们知道，侵犯人身权致使人身受损的结果就是赔偿医疗费、误工费、护理费、精神抚慰金等损失，而且该条文未作例外说明，应该说侵权行为赔偿范围在这里与违约责任所应当承担的赔偿范围发生竞合，故从本案特殊情况看，可以在违约责任中适用精神损害赔偿。

有人认为，精神损害赔偿与违约责任存在冲突。违约损害赔偿仅限于财产损害赔偿，而且因为违约造成的损失并非都是由违约方赔偿。只有那些违约方在订约时能够合理预见到的损失，才能要求违约方给予赔偿，故而作为精神损害并不是可以合理预见到的，所以不应当由《合同法》来调整。法律规定精神损害赔偿与违约金的宗旨都是一致的，也就是要求行为人要充分地履行义务，包括主要义务和附随义务，同时包括约定义务与法定义务。在合同责任中引入精神损害赔偿仅仅是操作上与观念上的有关问题，在实体上并没有障碍，而且在有些情况下，反而更有利于保护受害人的合法权益。就本案而言，无法证明存在过错与侵权行为，那么以侵权为由起诉，就要承担太多

的诉讼风险。但可以以违约纠纷为由起诉，这样违约责任本身适用严格责任的归责原则，只要证明死者的人身伤害是在乘坐车辆的过程中造成的，受害人本身没有故意或者重大过失，那么被告就很容易被置于违约的境地，就必须承担违约责任，这样原告的诉讼风险就降到最低限度，同时也免除了大量的举证责任。选择合同违约责任起诉，从田某家属方便自己合法权益的实现、更快地实现权利出发，在量上比选择侵权诉讼更为有利，这也是当事人追求诉讼经济效益原则的根本体现，也是法律所倡导的。

精神抚慰金在合同利益中究竟属于何种利益呢？合同利益包括信赖利益、履行利益和维持利益三类。这就是说，订立合同一方当事人或合同的一方当事人的不当行为，可能给对方造成损害，这种损害同样区分为信赖利益的损害、履行利益的损害和维持利益的损害。信赖利益的损害就是指合同被确认为无效或者可撤销的情况下，订立合同的一方当事人信赖合同有效，却因合同无效或者可撤销致使自己蒙受的损失。这种损失可以通过恢复原状，即恢复到合同履行前的状态来弥补。履行利益的损害是指合同有效成立以后，由于合同一方当事人不履行合同义务或者履行合同义务不完全所发生的损害。这种损害的赔偿可以通过赔偿至如同合同完全履行的状态一样。维持利益的损害即合同一方当事人违反保护义务，侵害相对人的身体健康或财产所有权等发生的损害。对这种损害，通过加害人对受害人的健康或者财产等所受到的损失赔偿来补足。结合本案，正因为未能履行合同附随义务即安全保护义务，而使受害人遭受伤害导致死亡，这种伤害造成的损害正是合同的维持利益的损害，应当给予赔偿，精神健康属于合同当事人所享有的维持利益的一种。本案中，受害人田某乘坐的客运车辆发生交通事故，也正是在合同履行中，受害人田某死亡使其家属精神遭受极大的伤害，其原因是未履行合同保护义务。因此，应支持在本案违约责任中要求给付精神抚慰金的诉讼请求。

69. 野蛮驾驶导致乘客受伤的，应否承担赔偿责任？

【案情】

薛某是一位外地游客，他下火车后乘坐公交车前往某地参观。上车后，薛某当即掏出2元钱买了票，并请乘务员在到站时提醒他。20分钟后，薛某问乘务员距离某站还有多远，乘务员不耐烦地说："早过去两站了。"薛某便说："我刚才让你提醒我一下，为什么不提醒我？"双方遂发生争执，争执过程中，女乘务员手拿票板来到薛某跟前，乘其不备，用票板猛击薛某头部。薛某躲闪不及，头上被重重地击了一下，鲜血直流。这时，车上另外三位乘客实在看不下去了，便纷纷指责女乘务员，要求驾驶员立即停车开门让薛某下车。但驾驶员不仅不停车反而加大油门，提高车速向终点站驶去。三位乘客站起身，决定在终点站的前一站下车。三位乘客刚刚站起身，驾驶员便说："你们多管闲事，小心点。"三位乘客和薛某便齐声说："我们一起到公交公司举报你们。"话音未落，驾驶员便来了一个急刹车。三位乘客立足未稳，摔倒在地，三人及薛某均受到不同伤害。四位乘客联名向公司举报，要求惩办乘务员和驾驶员，并赔偿经济损失5000元。由于双方就赔偿问题不能达成一致意见，薛某与其他几名受伤乘客向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告薛某等人提出，根据《合同法》第290条的规定，承运人有安全正点运送旅客的义务。本案中，承运人、公交公司不但未负

安全注意义务，反而故意野蛮行车造成乘客人身受到伤害。因此，应惩办乘务员和驾驶员，并给予乘客赔偿。

■ 被告公交公司提出，司乘人员服务态度较差是事实。但是，之所以发生争执与乘客薛某的指责有直接关系。同时，乘客在行车过程中自行起身，导致刹车摔倒受伤，乘客也有责任，因此，无须赔偿损失，可以考虑对司乘人员进行批评教育和赔礼道歉。



【律师点评】

根据《合同法》第290条的规定，承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点，此即规定了承运人有安全正点的运输义务。同时“安全、正点、舒适、快捷”也是公交工作长期坚持的八字方针，是提高企业经济效益的有效保证，更是进行竞争的有效手段。公交是一个国家、地区、城市的窗口，是宣传精神文明的基地，是为消费者提供服务的一个重要领域，服务质量的好坏关系到公交的声誉，也关系到乘客的身心健康和生命安全，我们要提倡优质服务，杜绝和减少劣质服务，确实保障乘客的合法权益。

目前，在公交领域，服务不合格的主要表现有：(1) 不正点发车；(2) 甩站；(3) 拒载；(4) 野蛮行车；(5) 用污秽语言中伤乘客；(6) 出手动脚伤害乘客。这些服务质量差、服务不合格的行为极易造成对乘客的损害，轻者会使乘客的身心受到损害，重者会使乘客的人身健康、生命安全受到损害。这一问题在全国的公交领域均普遍存在，已引起了社会各界人士的极大关注。公交公司、乘务员、驾驶员实施了不合格的服务行为，给乘客造成损害后，往往利用其优势地位拒绝对乘客进行赔偿，有时甚至还会反咬一口使乘客有口难辩，有苦难言。同时，由于这一不合格的服务行为往往是在瞬间发生的，

稍纵即逝。所以，证据往往不易获取，不易保存，给乘客依法获得赔偿带来了极大的困难。乘客往往是多数的，他们都是被服务的对象，在同一时间、同一地点对公交公司、乘务员、驾驶员所实施的侵害消费者权益的行为有目共睹。因此，解决这样的纠纷，处理这样的事故，其他乘客的证人证言是非常重要的，行为人和受害人都应该注意搜集和利用这一证据，以此来维护自己的合法权益。

本案是一起严重的用污言秽语侮辱乘客、野蛮行车伤害乘客的典型案例。在本案例中，驾驶员和乘务员的服务态度、服务质量是严重违反法律、法规规定的，而且得寸进尺，一而再、再而三地侵犯乘客的合法权益，性质恶劣，后果严重。主要表现在：1. 薛某在购票时，请求乘务员在到站时提醒一下他，但乘务员却未予以提醒，不论什么原因造成未予以提醒，均是乘务员的失职行为。2. 对于这一失职行为，薛某的质询是合情合理的。乘务员应对薛某的质询有合理的答复，并妥善解决，但乘务员却有错不改，反而变本加厉，迁怒薛某，并污言秽语侮辱、中伤薛某，是错上加错。3. 乘务员仍嫌用语还不够，又变本加厉，用票板打击薛某，致薛某头部受伤，已侵犯了乘客的人身权利。4. 在薛某受到侮辱和伤害后，另三位乘客看不惯司机、乘务人员的违法行为，便联合起来予以谴责，并要求停止违法行为。这一互相帮助、挺身而出、见义勇为的行为和举动应予以提倡和保护。乘客的不满和联合本应促使乘务员和驾驶员认识到自己的错误，知错就改，向乘客赔礼道歉。但是，驾驶员却背道而驰，野蛮行车，采取急刹车的恶劣手段致伤薛某和其他三位乘客，既违反了运输合同的有关规定，又给乘客的人身造成伤害，应承担相应的赔偿责任。

70. 车辆正常行驶过程中乘客摔出车外的，承运人是否承担责任？

【案情】

齐某在外地务工。2007年春节，齐某乘长途汽车自务工地返乡。在途中，齐某坐在靠窗的座位上。当车行至某公路拐弯处时，齐某突然摔出窗外。司乘人员当即将其送往医院，但经抢救无效死亡。当地交警队经调查后认定：齐某的死亡不能认定是任何一方违反道路交通安全法律法规的行为造成的，不属于交通事故。齐某的家属向人民法院提起诉讼，要求长途汽车公司赔偿因齐某死亡造成的各种损失。

【争鸣】

■ 原告齐某家属提出，长途汽车公司与齐某之间是客运合同关系。长途汽车公司没有履行保护乘客人身安全的法律义务，侵犯了齐某的生命健康权，请求其赔偿因齐某死亡造成的各项损失：医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、丧葬费、死亡补偿金等共计15万元。

■ 被告长途汽车公司提出，根据交通管理部门的调查结果，齐某的死亡不是长途汽车公司工作人员违反道路交通安全法律法规的行为造成的，应当归为意外或者是齐某自身的原因。长途汽车公司没有过错，不构成侵权行为。因此，不同意承担赔偿责任。但考虑到因齐某的死亡给其家属造成了重大的财产损失和精神痛苦，出于人道主义的考虑，愿意给予其一定的补偿。



【律师点评】

在本案中，齐某家属提出的主张中既认为长途汽车公司与齐某成立客运合同关系，未将齐某安全送达目的地，有违约行为，应当承担违约责任；同时又认为，长途汽车公司侵犯了齐某的生命健康权，有侵权行为。而长途汽车公司则依据交通管理部门作出的认定，认为其工作人员未违反道路交通安全法律法规，不构成侵权。因此，本案就涉及长途汽车公司是否构成侵权？如不构成侵权，应否承担违约责任？

按照民事责任发生的根据不同，民事责任通常分为违约责任与侵权责任。侵权责任是侵权行为人因侵犯他人的人身财产等合法权益所应承担的民事责任；违约责任又称违反合同的责任或债务不履行的责任，是合同当事人因违反合同所应承担的民事责任。违约责任与侵权责任的主要区别在于：责任的发生根据不同。违约责任发生的根据是违约行为，违约方与受害方事先存在合法有效的合同关系，违约方所违反的是合同当事人在合同中应尽的义务，包括法定的义务和约定的义务。侵权责任发生的根据是侵权行为，侵权行为人违反的不是合同上的义务，而是法律要求一切人都必须遵循的不得加害他人的一般法定义务。另外：(1) 追究违约责任的依据是违约方和受害方在合同中约定的，或按照民法、合同法中关于违约责任的规定；追究侵权责任的依据，是民法中关于侵权行为的规定。(2) 违约责任的承担方式有赔偿损失等，包括直接损失和间接损失；侵权责任的承担方式主要是损害赔偿，以实际损害为构成要件。(3) 追究违约责任时的赔偿范围，不仅包括实际财产损失，而且包括可期待的利益损失，但不包括非财产损失即精神损害；追究侵权责认时的赔偿范围，只包括实际损失，但可以包括非财产损失即精神损害。

在本案中，齐某的死亡不是因承运人违反“法律要求一切人都必须遵循的不得加害他人”的这样一种法定义务。根据交通管理部门作出的认定，不能确认某长途汽车公司的工作人员存在违反道路交通安全法律法规的行为。长途汽车公司没有过错，不构成侵权。但这并不意味着长途汽车公司对齐某的死亡不承担责任。《合同法》第293条规定：“客运合同自承运人向旅客交付客票时成立。”所谓客运合同，是指承运人将旅客及其行李安全运送到目的地，旅客为此支付运费的合同。齐某与长途汽车公司之间的客运合同有效成立。长途汽车公司违反了《合同法》第290条规定的“承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点”的合同义务。《合同法》第302条规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者……除外。”本案中并无证据证明齐某的死亡是由于其自身健康原因造成的，或者是齐某故意抑或过失造成的，长途汽车公司作为承运人应依法承担违约责任。

长途汽车公司认为事故不是其工作人员违反道路交通安全法律法规的行为造成的，自己没有过错，不应承担赔偿责任，这一请求不应获得支持。《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行义务或者履行合同义务不符合规定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”我国《合同法》采用的归责原则是无过错责任原则，也就是只需向法庭证明未履行合同义务的事实，不要求有过错，也不要求证明自己对于不履行无过错。本案是一起旅客运输合同纠纷，根据我国《合同法》的归责原则，应当按照无过错责任原则处理本案。换言之，承运人主观上是否有过错不是承担责任的要件。承运人的主要义务是将旅客安全送达目的地，承运人对旅客在运输过程中受到的损害应负加重责任，除非法定事由，否则不能免除。长途汽车公司无权按照民事侵权责任的过错责任原则，认为本案已经由交

警队认定为不属于交通事故，故证明承运人无过错，而应当按照合同违约责任的无过错责任原则举证证明自己具有前述法定免责事由。因此，承运人长途汽车公司应依法承担违反客运合同之约定而产生的赔偿责任。

71. 旅行途中被人扎伤，承运人应否赔偿?

【案情】

2008年春节，时某回家过年，将做生意积攒的16000元钱揣在身上。在搭乘某长途汽车公司汽车返乡途中，被段某抢劫，时某为保护身上的血汗钱，与段某搏斗，最后被段某用刀扎伤。段某乘机逃逸，时某被司乘人员送往医院，经抢救后脱离危险。长途汽车公司垫付了部分医疗费用。此后，时某与长途汽车公司协商赔偿事宜。因双方不能达成一致，时某向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告时某提出，自己购买了某长途汽车公司的客票并搭乘某长途汽车公司车辆，与某长途汽车公司的客运合同关系有效成立。承运人有将旅客安全运输到目的地的义务，也有救助遇险旅客的义务。自己在途中被犯罪分子伤害，承运人未尽到“安全运输”的义务。某长途汽车公司构成违约，应当对旅客所遭受的损失承担全部责任。

■被告某长途汽车公司提出，承运人与旅客间虽然成立旅客运输合同关系，据此承运人有合同上义务上保证旅客的人身、财产安全，但段某上车抢劫是承运人无法预知、难以防止的意外事件，承运人对旅客所受人身伤害没有任何过错，其不应承担赔偿损失的责任。



【律师点评】

《合同法》第301条规定："承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。"第302条规定："承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。"根据以上规定，对旅客在运输过程中的人身遇险，承运人承担的是无过错责任。在本案中，旅客的人身受到第三人侵害，由于不存在"旅客自身健康原因"以及"旅客故意、重大过失"等免责事由，承运人应当向受到侵害的旅客承担赔偿责任，而不问承运人是否有过错。某长途汽车公司提出的答辩意见认为：承运人对歹徒上车抢劫无法预知、难以防止，对旅客所受人身损害没有过错，不应承担赔偿责任，显然是错误的。

对承运人而言，应当对车上可能发生的诸种情形事先预知，并采取积极的防范和应对措施，以确保旅客的人身和财产安全。某长途汽车公司丝毫没有考虑到作为消费者的旅客在接受运输服务时享有当然的获得安全保障的权利，作为服务方的承运人在提供服务时保障旅客的安全是其应尽义务。为保护受害旅客的合法权益，《合同法》规定承运人有义务尽一切可能保证旅客在运输中的安全。在本案中，承运人某长途汽车公司与旅客时某之间成立旅客运输合同关系，承运人未尽到安全运输的义务，一旦旅客时某向其主张合同上的权利，承运人应当承担违约赔偿责任，其承担责任后可以向直接责任人段某追偿，这样就能保证某长途汽车公司的权益不受损失，而受害旅客时某的合法权益也可以得到完善的保护。

72. 司机与乘客签订的“发生事故概不负责”的协议是否有效？

【案情】

2007年春节，在外地务工的农民游某拦了一辆面的准备回乡下，上车后，司机交给其一张出租公司的声明，称凡晚上要求驶出市区5公里以上的乘客，如发生交通事故，公司概不负责。回家心切的游某未加思考就在声明上签了字。途中司机在超车时，路面太滑，刹车不灵，加之对面开来一辆货车，司机避让不及，出租车翻入河中，致使游某左臂骨折并多处软组织损伤，花去医疗费9.5万余元。游某多次要求该司机所在出租公司赔偿，出租公司以双方已签订协议（发生事故概不负责）为由，拒绝赔偿。游某无奈之下，将出租公司告上法庭。

【争鸣】

■ 原告游某提出，虽然自己与出租公司签订了发生交通事故公司概不负责的免责条款，但仍然有权获得赔偿。因为该约定规避了出租公司所应尽的法定义务，即将乘客安全、及时地送到目的地的义务，而且该声明违法，如果合同内容违法，即使双方自愿也属无效，出租公司所应尽的法定义务并不能通过一纸声明来解除。因此，出租公司应当承担游某的损失。

■ 被告出租公司提出，司机在游某上车时就已经向其出示了一张“发生事故概不负责”的声明，游某已经知道该声明，既然游某

仍然选择上车，就说明游某接受该声明，因此，在出租车发生事故后，就应当按照约定来确定赔偿责任，出租公司不应当承担赔偿责任。



【律师点评】

本案是一起合同纠纷案件，争议的焦点是出租公司与游某签订的“发生事故概不负责”的协议（声明）是否有效。只有解决了这个问题，才能正确确定责任归属。具体而言，“发生事故概不负责”的免责声明无效，依据有三点。首先从法律规定上来看，该声明违反了《消费者权益保护法》和《合同法》的强制性规定。我国《消费者权益保护法》第24条规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。”《合同法》第302条规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”本案中出租公司让游某所签声明，实质上是以契约的方式排除法律的强制性规定的适用，逃避其应承担的法定义务，所以该声明当然无效。

其次，从民法的原则性规定来分析，乘客游某当时因家有急事，必须返回，此时面对出租公司所提出的免除其责任、排除游某主要权利的格式条款，他是没有协商和选择余地的。游某在声明上签字，表示放弃自己的权利，是其在当时情形之下作出的违背其内心真实意愿的一种意思表示，这种情形显然违背了民法的公平、诚实、信用的原则，从这一角度分析，该声明也不具有法律约束力。

再次，从理论上来分析，生命健康权与个人财产权都是法定的权

利，均神圣不可侵犯。但财产权可以转让，而作为物质性人格权的生命健康权是自然人生存和正常生活所必须的基础性权利，是一种绝对权，该权利不能以契约等方式进行处分，更不能事先约定造成人身伤害时免除责任人的责任，即使是受害人表示同意，此约定仍然无效。

综上分析，出租公司以游某在“发生事故概不负责”的协议上签了字，所以公司不应承担责任的辩解理由不能成立。作为承运人的出租公司未尽保障乘客人身、财产安全的法定义务，当然应承担赔偿责任。

73. 交通事故中应当由对方赔偿的损失，能否要求保险公司赔付？

【案情】

某旅游公司拥有一辆大型旅游车。该公司以旅游车为标的向保险公司投保，投保险种为《机动车辆保险条款》中基本险部分的“第三者责任险”、“车辆损失险”及附加险部分中的“车上责任险”（具体项目为车上座位险）。保险期内，该车在运营时与风某驾驶的小客车相撞，造成该保险车辆乘客受伤和车辆损失。经交警部门认定，旅游公司负事故的次要责任，风某负事故的主要责任。旅游公司就该交通事故向法院提起诉讼。法院判决风某承担全部损失的80%，即8万元，旅游公司承担全部损失的20%，即2万元。判决后，保险公司向旅游公司赔付了其承担的2万元。旅游公司向法院提出申请强制执行应由风某赔偿的80%的损失部分8万元（其中包括车辆损失和乘客损失两部分）时，因风某无履行能力，被法院中止执行。旅游公司遂转而向保险公司提出理赔申请，要求保险公司赔付旅游公司在风某处未得到赔偿的部分，保险公司拒绝了其请求。旅游公司遂将保险公司诉至法院。

【争鸣】

■原告某旅游公司提出，在《机动车辆保险条款》附加险“车上责任险”条款第1条中约定：“投保了本保险的机动车辆在使用过程中，发生意外事故，致使保险车辆上所载货物遭受直接损毁和车上

人员的人身伤亡，依法应由被保险人承担的经济赔偿责任，以及被保险人为减少损失而支付的必要合理的施救、保护费用，保险人在保险单所载明的该保险赔偿限额内计算赔偿。”旅游公司未安全将乘客送至目的地，应当承担违约责任，赔偿乘客的损失。旅游公司承担的经济赔偿责任应该是乘客的全部实际损失，那么保险公司也应赔付旅游公司的这部分损失。

■ 被告保险公司提出，责任保险的标的，既非财产亦非人身，而是被保险人对第三者依法负有的赔偿责任，是为第三者的利益订立的，当发生保险事故后即当被保险人给第三者的人身和财产造成损失时获得保险公司的赔偿，不是被保险人而是受害的第三者。旅游公司与保险公司签订的“车上责任险”条款第1条中约定：“投保了本保险的机动车辆在使用过程中，发生意外事故，致使保险车辆上所载货物遭受直接损毁和车上人员的人身伤亡，依法应由被保险人承担的经济赔偿责任，以及被保险人为减少损失而支付的必要合理的施救、保护费用，保险人在保险单所载明的该保险赔偿限额计算赔偿。”该约定明确表明车上责任险是责任险，保险公司应按被保险人旅游公司在事故中所应承担的责任由保险人（被上诉人）承担理赔义务。而本案的交通事故责任80%为第三方风某的责任，保险公司已根据旅游公司20%的责任进行了赔付。因此，旅游公司主张要求保险公司承担赔偿车上座位险8万元，没有法律依据。



【律师点评】

本案所反映出来的问题是交通事故中应当由对方赔偿的损失能否要求保险公司赔付？首先，根据当事人双方的合同约定，即《机动车辆保险条款》，旅游公司起诉的实际包括两部分，即车辆损失部分

和乘客损失部分。对“车辆损失险”的损失，因《机动车辆保险条款》（以下简称《条款》）第19条中已有明确规定：“保险车辆发生保险责任范围内的损失应当由第三方负责赔偿的，被保险人应当向第三方索赔。如果第三方不予支付，被保险人应提起诉讼，在被保险人提起诉讼后，保险人根据被保险人提出的书面赔偿请求予以赔偿。”应当由保险公司向旅游公司赔付。在保险公司赔付后，即可取得向第三方风某的代位求偿权。因此对这部分不存在争议，但对“车上责任险”部分即乘客损失部分，因《条款》无明确规定，从而在实践中容易产生争议。

其次，本案中涉及的三个法律关系。第一个是旅游公司向保险公司投保签订了保险合同，从而在保险公司与旅游公司之间形成的保险合同法律关系；第二个是因乘客搭乘旅游公司的客车，从而在旅游公司与乘客之间形成的运输合同法律关系；第三个是旅游公司与风某因交通事故而发生的损害赔偿法律关系。本案要解决的是保险公司与旅游公司的保险合同法律关系，因此保险合同是确定双方权利义务的依据。本案中，旅游公司向保险公司投保了“第三者责任险”、“车辆损失险”、“车上责任险（具体为车上座位险）”。对于“车上责任险”也即车上座位险部分，在《机动车辆保险条款》附加险“车上责任险”条款第1条中约定：“投保了本保险的机动车辆在使用过程中，发生意外事故，致使保险车辆上所载货物遭受直接损毁和车上人员的人身伤亡，依法应由被保险人承担的经济赔偿责任，以及被保险人为减少损失而支付的必要合理的施救、保护费用，保险人在保险单所载明的该保险赔偿限额内计算赔偿。”本案中，双方当事人的争议焦点即集中于此条款中的“依法应由被保险人承担的经济赔偿责任”。

根据此条约定，保险公司赔付旅游公司的车上责任险的范围是根据旅游公司承担的经济赔偿责任的大小来确定的。但在本案中，“旅

游公司承担的经济赔偿责任”的范围是不明确的，它可以有两种理解：一、旅游公司与乘客之间，因旅游公司未安全将乘客送至目的地的违约责任，在本案中应理解为广义上的赔偿责任（即在运输合同法律关系中，旅游公司承担的违约责任）；二、旅游公司和第三方风某之间，因损害赔偿法律关系而应由旅游公司承担的责任（即在损害赔偿法律关系中，旅游公司承担的20%责任）。如果按照第一种解释，旅游公司承担的经济赔偿责任应该是乘客的全部实际损失，那么保险公司也应赔付旅游公司的这部分损失。如果按照第二种解释，旅游公司只承担20%的损失，那么，保险公司也只承担20%的损失部分，对剩余的80%部分则由第三方风某承担。《保险法》第30条规定：“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。”因此，对双方发生争议的内容，应当作有利于旅游公司的解释，按第一种解释来理解，即旅游公司承担的经济赔偿责任是指旅游公司因违反运输合同而产生的违约赔偿责任。因此，保险公司应当赔付的数额是旅游公司应当向乘客赔偿的全部损失。由于保险公司已经向旅游公司赔付了20%的损失，故还应当赔付剩余的80%的损失。

再次，第一种理解的误区，首先是将保险法的第三者责任险的规定直接适用于车上座位险（车上责任险），其次是适用此规定的结果是同样不能改变《机动车辆保险条款》关于“依法应由被保险人承担的经济赔偿责任”这句话的两种理解。同时，从“第三者责任险”本身的意义而言，这个第三者是针对与被保险人无任何关系的其他人，例如，一保险车辆将路边行人轧伤，该车辆被判应负20%的责任，行人自负80%的责任，那么保险公司也只当按车辆所负20%的责任给予理赔，而对另80%的责任则无论该行人是否有能力支付，

保险公司均无义务赔付。但本案中的“车上责任险”有它的特殊性，即乘客和旅游公司签订了运输合同，按照此合同，旅游公司对乘客承担的责任是100%，而《机动车辆保险条款》中的“车上责任险”第一条对此约定又明显不清楚，从而导致旅游公司在本案中的“赔偿责任”可以作出两种解释。

最后，关于旅游公司与第三方风某的损害赔偿法律关系问题。本案中，保险公司认为法院已经明确判决了应由第三方风某承担80%的责任，故这部分不应当由保险公司赔偿了。本案中确定双方当事人权利义务关系的是双方签订的保险合同，而旅游公司与风某之间的损害赔偿法律关系是另一个法律关系，与本案无关。实际上，在保险公司向旅游公司赔偿后，即可根据相关法律的规定取得向第三方风某索赔的代位求偿权。

74. 旅客在宾馆内遇害，宾馆是否赔偿？

【案情】

2005年6月，高某因公差入住某宾馆。该宾馆是五星级涉外宾馆，内部有规范的管理制度，并安装着安全监控设施。宾馆制订的《宾馆质量承诺细则》置放于客房内，该细则中有“24小时的保安巡视，确保您的人身安全”、“若有不符合上述承诺内容，我们将立即改进并向您赔礼道歉，或奉送水果、费用打折、部分免费，直至赔偿”等内容。当天下午，高某经宾馆服务总台登记后，由服务员领入客房。在傍晚时分，歹徒胡某进入宾馆伺机作案，在按高某的客房门铃待高某开门后，即强行入室将其杀害并抢劫财物，胡某随即离开宾馆。期间，宾馆未对其作访客登记，且对其行踪也未能引起注意。次日上午，宾馆在打扫卫生时，发现了高某的尸体，立即向公安局报案。高某的父母在女儿遇害后，精神受到打击，并为料理丧事多次奔波，经济受到一定损失。高某父母遂起诉至人民法院，请求法院判令宾馆对高某的死亡承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告高某父母提出，宾馆对入住的旅客有“24小时的保安巡视，确保您的人身安全”的承诺，而且保证如果服务不符承诺内容，愿承担包括赔偿在内的责任。宾馆对胡某未进行访客登记，对其反常行为未进行盘查，也没有给予充分注意。宾馆虽有完善的监控设施，却不能切实起到对旅客的保护作用。宾馆没有恪尽职守，放任了胡某

实施犯罪行为，可见，宾馆是以不作为的方式实施侵权，宾馆的不作为侵权与胡某的犯罪行为共同导致了高某的死亡。宾馆管理过程中的过错，与高某之死有法律上的因果关系。而且，宾馆在本案中的责任是多重的，既有侵权责任，也有违约责任。据此，宾馆在承担侵权赔偿责任的同时，还应当依照《合同法》的规定，承担违约法律责任。

■被告宾馆提出，宾馆与高某之间存在着以租赁客房为主和提供相应服务为辅的合同关系；宾馆内部的各项管理规章制度并非该合同条款；宾馆对旅客所作的服务质量承诺，只是相对出租的客房和提供的服务而言。宾馆已按约履行了出租客房和提供相应服务的义务，并未违约。宾馆提醒客人从门上探视镜中看清来访客人再开门，并同时配有自动闭门器、安全链条等设施。高某未看清来者即开门，也为胡某犯罪提供了条件。而且，高某是因公出差从事商业活动，其住店不是生活消费；即便算"生活消费"，也不符合《消费者权益保护法》中消费者义务单一性和经营性责任单向性两个特征。因此，高某与宾馆之间只存在合同关系，对本案不应适用《消费者权益保护法》调整。从本宾馆提供的案发当天进出人员以及20个屏幕反映的情况可以看出，由于出入宾馆的人员太多，宾馆确难注意胡某的形迹。宾馆没有注意到胡某的可疑迹象，实乃客观条件所限。只有在本宾馆注意到胡某的异常举动后不采取行动，才是不作为，所以宾馆在履行与高某的住宿合同过程中，不存在不履行注意义务的违约事实，也不存在不作为的情节。高某之死是胡某所为，胡某的犯罪行为是导致高某死亡的唯一原因。宾馆即使有违约过失，但此过失不足以造成高某的死亡。总之，宾馆的行为与高某之死没有必然因果关系，不应当承担责任。



【律师点评】

宾馆提供的是服务性行为，以向旅客提供与收费相应的住宿环境和服务，来获取旅客付出的报酬。宾馆与旅客之间的关系符合《民法通则》第85条的规定："合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。"根据该条规定，宾馆和高某之间是合同关系，应当适用合同法律规定来调整。《合同法》第5条规定："当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。"第6条规定："当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。"第60条规定："当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"任何旅客入住宾馆时，都不会希望自己的人身、财产在入住期间受到侵害；任何宾馆在接待旅客时，也不愿意出现旅客的人身、财产被侵害事件，以致影响自己宾馆的客流量。因此，根据住宿合同的性质、目的和行业习惯，避免旅客人身、财产受到侵害，就成为此类合同的附随义务。按照收费标准的不同，各个宾馆履行合同附随义务的方式也会有所不同，但必须是切实采取有效的安全防范措施，认真履行最谨慎之注意义务，在自己的能力所及范围内最大限度地保护旅客不受非法侵害。住宿合同一经成立，无论宾馆是否向旅客出具口头的或者书面的安全保护或承诺，合同的附随义务都随之产生并客观存在。在本案中，宾馆向旅客承诺"24小时的保安巡视，确保您的人身安全"，是自愿将合同的附随义务上升为合同的主义务，更应当恪尽职守，履行这一义务。

自高某登记入住宾馆起，高某就与宾馆形成了以住宿、服务为内容的合同关系。在此合同中，宾馆除应履行向高某提供与其五星级收费标准相应的房间设施及服务的义务外，还应履行保护高某人身、财

产不受非法侵害的义务。高某是在宾馆内被犯罪分子杀害的。由于刑事犯罪的突发性、不可预测性和犯罪手段的多样化，作为宾馆来说，尽管认真履行保护旅客人身、财产不受非法侵害的义务，也不可能完全避免此类犯罪事件在宾馆内发生。因此，一旦此类犯罪事件发生，不能以宾馆承担着保护旅客人身、财产不受非法侵害的合同附随义务，就一概认为宾馆负有责任，具体情况必须具体分析。对犯罪造成的危害结果，根据罪责自负的原则，必须由犯罪分子承担刑事和民事的法律责任。宾馆能证明自己确实认真履行了保护旅客人身、财产不受非法侵害的合同义务后，可以不承担责任。

宾馆作为五星级宾馆，已经具备了将宾馆大堂等公共活动区与旅客住宿区隔离的条件。为了适应市场化的要求，宾馆不需要也不可能对进入宾馆大堂等公共活动区的所有人员进行盘查、登记。但是为了住宿旅客的人身、财产安全，宾馆必须、也有条件对所有进入住宿区的不熟识人给予充分注意，在不乏热情的接待、询问中了解此类人员的动向，以及时发现并遏止其中一些人的犯罪企图，保护旅客的安全。事实证明，宾馆并没有配备专门人员负责此项工作，以致罪犯胡某出入高某所在的住宿区时，均没有遇到过宾馆工作人员，更谈不上受到注意与询问，因而才能顺利进入客房作案，作案后又从容逃脱，高某的尸体在第二天才被发现。宾馆不在旅客住宿区配备负责接待的工作人员，是其工作中的一大失误，这一失误已将旅客置于极不安全的境地，这也是胡某将宾馆选作犯罪地点的根本原因。宾馆虽然在住宿区每个楼层的电梯口都安装了电视监控设备，但是当监控设备已经反映出胡某为等待犯罪时机在不到两小时内7次上下宾馆电梯时，宾馆工作人员未能对这一异常举动给予密切注意。事实证明，由于出入电梯间的客流量较大，这一措施对及时保护旅客的人身、财产安全并不奏效。宾馆没有全面、认真地履行合同义务，自应承担违约责任。宾馆的客房装备着探视镜、自动闭门器和安全链条等设施，并以告示

提醒旅客必须看清门外来客时再开门。作为五星级宾馆，这些安全设施应当说是比较完备的。但是宾馆应当知道，旅客来自四面八方，其语言、文化程度、生活习惯、旅行常识有很大差异。在此情况下，宾馆不能认为给客房装备了安全设施、并且用文字提示了安全常识，就是尽到了自己的义务，还必须认真、负责地教会旅客在什么情况下使用以及如何使用这些安全设施，直至旅客形成使用这些设施的习惯。否则，纵有再好的安全设施，也会形同虚设。可见，宾馆在这方面所尽义务是不够的。

《消费者权益保护法》第 7 条规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。"第 18 条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。"从以上规定可以看出，经营者提供商品或者服务，造成消费者人身伤害的，应当赔偿。这些规定是指经营者的商品或服务直接导致消费者受到损害的情形。在本案中，高某的死亡，并非由宾馆提供的服务直接造成，所以不属于《消费者权益保护法》规定的情形。但是，顾客仍可选择由宾馆承担侵权责任违约责任。

《合同法》第 113 条第 1 款规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同

可能造成的损失。”宾馆履行义务不符合合同的约定，致使旅客高某陷入危险的环境，应当承担违约责任。但是应当指出，宾馆依法只对其在订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失承担赔偿责任。高某被害及其财产被劫的损失，必须由杀害高某的犯罪分子胡某承担。而且，高某作为旅客，时刻注意保护自己的人身、财产安全，也是其在订立住宿合同后应当履行的合同附随义务。高某未能充分了解和利用宾馆提供的安全设施，以致给胡某的犯罪提供了条件，在履行合同附随义务中也有过失，因此可以酌减宾馆的违约赔偿数额。

75. 未成年人违规游泳溺水身亡，公园应当承担责任吗?

【案情】

2006年11月，13岁的贾某和同班几名同学去某公园划船。开船时，贾某提出要救生圈，被工作人员拒绝。当船划至湖心时，贾某和另外一名同学看到湖中有人游泳，便跳入水中。不久，贾某突然下沉，两个同学和岸上三青年下水抢救未果。十几分钟后，公园两个工作人员才开着一艘电动船过来，且未立即下水救人，而是用竹竿往水里捅。在110巡警赶过来跳水救人时，公园的一名工作人员才随之下水，而贾某已经溺水身亡。后贾某的父母要求公园赔偿对于贾某死亡所造成的各种损失共计8万元。而公园认为，贾某的死亡完全是由于其违反公园规定而造成的，应由其本人自己承担，公园不负任何责任。最终双方发生争执，贾某的父母将该公园告上法庭。

【争鸣】

■ 原告贾某父母提出，公园规定“严禁无人照管的儿童乘船”，但是公园明知故犯，在知道贾某等人为无人照管的儿童的情况下，违章售与贾某租船票，由此产生消费者与经营者关系，虽然公园没有致害行为，但在发生事故后抢救不及时，需对贾某的死亡承担主要责任。

■ 被告公园提出，在本案中，贾某违反公园“游船须知”上的

规定，而且围墙上有标有“严禁游泳”字样，公园已经尽到了一定的管理和注意职责，因此不应承担责任；另外蒋某虽是未成年人，但其已经是13岁的限制民事行为能力人，应当能够预见到湖中游泳的危险性，由于贾某违反公园规定是导致贾某溺死这一严重后果的直接原因，因此贾某应对自己的死亡负责。



【律师点评】

根据《民法通则》的有关规定，对于一般民事侵权的赔偿问题适用过错责任原则，要有过错才能承担民事责任。同时，这个过错还必须与损害结果有因果关系。那么未成年人到公园游玩溺水而亡，公园该不该承担责任？本案中，尽管公园没有致害行为，但法律规定其负有保障在园游客生命安全的特定义务而未尽职责。根据《消费者权益保护法》的“消费者在购买、使用和接受服务时，享有人身、财产安全不受损害的权利”的规定，该公园因工作失职未发给未成年人救生圈，发生事故抢救不及时，应当承担过错责任。因为首先，公园没把好第一关。公园的“游船须知”规定：“禁止精神病患者、无人照管的儿童乘船”，但公园有章不循，明知贾某等人是无人照管的小孩，却发售了租船票证，由此而产生了临时的监管义务，可公园没有尽到监管责任，也没有发给小孩救生圈。其次，公园在管理上有瑕疵。尽管“游船须知”中规定：“严禁嬉戏击水划船游泳”，围墙上也写了“严禁游泳”，然而，湖中有多处有人在游泳，公园却无人制止。小孩看到有人游泳，误以为可以游泳，这是一个诱导因素。再次，公园抢救不及时，没有认真履行监管职责。事故发生十几分钟后，公园的工作人员才赶来救援，却并不下水救人，而是用竹竿往水里捅，直到“110”巡警赶到跳下水，才随之下水，而为时已晚，所

以公园负有不可推卸的责任。

在本案中，公园作为经营者，以售票出租游船的形式，为贾某等提供了旅船服务，贾某等作为消费者，通过购票租船，接受了公园的服务。双方构成的法律关系即经营者与消费者的关系，作为提供服务一方的经营者，有保障消费者安全的义务，但公园在安全保障措施和抢救措施上均存在缺陷，且对他人在湖中游泳并未进行制止。公园应知贾某等是未成年人，故应承担临时监管的责任。因此，公园应对贾某的死亡负主要责任。贾某身为初中生，应知公园不能游泳而擅自跳入湖中游泳，应承担相应责任；同时贾某的法定监护人，没有尽到管教之责，亦应承担一定责任。本案中受害人与其监护人虽有过错，但不能免除公园的责任，而只能相应减轻责任。

76. 医疗机构履行告知义务不完全的，应当承担什么责任？

【案情】

2010年5月，付某到甲医院就诊。该医院诊断付某“左眼复发性结膜囊肿（术后复发）”，需要手术摘除。付某在该院接受了左眼脂肪瘤摘除术。出院后，付某感到左眼上睑下垂，不能睁眼，遂于2010年11月，又到甲医院就诊。该院为付某实施了左眼上睑下垂矫正术。术后，付某左眼能微睁，但仍受限。此后，付某到乙医院就诊，被告知其左上睑下垂是由于左上睑提肌损伤所致。付某向当地卫生行政部门提出医疗事故处理申请。卫生行政部门委托当地医学会进行医疗事故技术鉴定，鉴定结论认为：付某手术后左眼上睑下垂属于手术并发症，甲医院在手术过程中并无不当之处；甲医院手术前谈话记录不完善，但与治疗过程和结果无直接关联，此医疗事件不属于医疗事故。付某向当地人民法院提起诉讼，认为甲医院在手术前未向自己告知术后有关并发症，而且在手术中割断了上睑提肌，要求甲医院承担过错的赔偿责任。

【争鸣】

■ 原告付某提出，甲医院在实施医疗行为的过程中有过错，而医疗行为是否有过错并非以是否构成医疗事故作为衡量标准；甲医院未向付某告知手术后会产生目前的并发症，侵犯了付某对病情和手术后可能发生的不良后果的知情权，使付某遭受了重大的物质和精神损

害，因此，甲医院应当对付某承担侵权赔偿责任。

■ 被告甲医院提出，在医疗纠纷中，损害事实、因果关系、行为人过错和不当行为是医疗机构承担侵权损害赔偿责任的4个必备条件。根据当地医学会的鉴定结论，不能证明甲医院在手术过程中具有过错。因此，付某要求甲医院承担赔偿责任的诉讼请求不应当支持。



【律师点评】

《侵权责任法》第55条规定："医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。"第56条规定："因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。"《医疗事故处理条例》第11条规定："在医疗活动中，医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者，及时解答其咨询；但是，应当避免对患者产生不利后果。"《医疗机构管理条例》第33条规定："医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时，必须征得患者同意，并应当取得其家属或者关系人同意并签字；无法取得患者意见时，应当取得家属或者关系人同意并签字；无法取得患者意见又无家属或者关系人在场，或者遇到其他特殊情况时，经治医师应当提出医疗处置方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。"《医疗机构管理条例实施细则》第62条规定："医疗机构应当尊重患者对自己的病情、诊断、治疗的知情权利。在实施手

术、特殊检查、特殊治疗时，应当向患者作必要的解释。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的，应当将有关情况通知患者家属。”根据上述法律规定，在医患关系中，患者享有的基本权利主要有两点：（一）充分了解医疗活动所含风险的权利；（二）获得适当合理医疗的权利（合理与否以现有医学水平及有关法规、操作规程为准）。基于此，在医疗活动中，医疗行为的实施者负有两项基本义务：（一）详尽告知患者手术及特殊医疗的风险，并征得患者对该治疗手段的同意；（二）进行适当、合理的治疗。医疗机构违反该基本义务时，应当承担相应的法律责任。

根据上述权利义务关系，甲医院与付某之间的医疗活动存在两个独立的阶段，即手术前的告知阶段和手术实施阶段。甲医院在上述两个阶段的行为中是否存在过错是本案争议的焦点。首先，就手术治疗过程而言，由于医疗手术具有较强的专业性，对该行为是否适当的判断，除依照一般常理及当事人提供的证据材料外，还需由相关的权威部门作出公正的鉴定。在本案中，无论是从法院查明的事实看，还是从当地医学会的鉴定结论看，都无法证实甲医院在手术治疗过程中具有过错和不当行为；其次，关于术前告知行为，由于医疗机构对患者施行手术前应在有条件的情况下征得患者的同意。患者对手术的同意和对手术后果的接受应当建立在对手术风险充分认识的基础上，否则不能视为真正意义上的同意，医疗机构应当承担相应的责任。在本案中，甲医院与付某的术前谈话笔录中记载的前三点告知内容指向明确，并未提及手术可能会影响上睑提肌，而付某上睑提肌断裂也不属于眼球内部伤害，所以，不在谈话记录第四点告知内容之内。当地医学会的鉴定结论明确指出该谈话记录不完善。由于医患双方当初动态的谈话不能再现，而谈话记录则可以认定为是医患之间谈话的静态留存。所以，根据谈话记录和当地医学会的鉴定结论认定当初医患双方的术前谈话内容不完善，其缺陷就在于没有将施行手术可能导致上睑

提肌断裂的后果告知付某。虽然甲医院在答辩中认为自己已将上睑提肌断裂的术后并发症告知付某，但其主张缺乏相应的依据佐证，不应当采信。基于此，甲医院在履行手术风险告知义务过程中有瑕疵。由于甲医院未完全向付某明示术后风险，致使付某丧失选择手术与否的机会，并造成严重后果，所以，甲医院应当就此承担民事侵权责任。甲医院的行为符合侵权责任的4个构成要件：(1) 行为人行为违法，即行为人的行为（包括作为与不作为）违反了法律规定的义务，并侵犯了他人的合法权益。根据国务院颁发的《医疗事故处理条例》和《医疗机构管理条例》的规定，医疗机构施行手术时必须征得患者的同意。而且，医院在从事治疗患者疾病的工作过程中，应当依照《民法通则》的精神，遵循诚实信用原则，向患者如实告知治疗方案以及该方案将可能导致的后果。综合以上两方面的法律、法规的精神，可以确定明确告知患者手术真实情况是医院的法定义务。在本案中，付某作为患者，享有对治疗后果的知情权，在此基础上权衡利益轻重再选择是否接受治疗。此知情权虽然没有在《民法通则》中明确规定，但《民法通则》第98条规定："公民享有生命健康权。"该知情权应当是公民身体健康权的应有内涵。而且，该权利在《消费者权益保护法》中已经明确规定。《消费者权益保护法》第7条规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。"第8条规定："消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。"第9条规定："消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商

品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。”由此可见，知情权符合《民法通则》的基本立法精神，应受法律保护。因此，在本案中，甲医院未充分告知手术风险不但违背其自身法定义务，而且还侵犯了付某的法定权利，其行为具有违法性。(2) 行为人本身有过错。过错是行为人进行违法行为时故意或过失的心理状态。其中过失是行为人对自己行为的结果应当预见而没有预见，或者轻信可以避免。过失过错实际上是行为人对自己注意义务的违反。在本案中，甲医院在给付某实施手术前，凭其专业能力应当能够预见手术可能发生的风险，然而甲医院却没有将该风险充分告知付某，违反了基本的注意义务，其过错是显而易见的。(3) 有损害后果。根据法医鉴定中心对付某伤情作出的鉴定，付某构成9级伤残，精神上承受了巨大的痛苦，为此花费了一定的医疗费，并发生了误工损失，损害后果是十分明显的。(4) 侵权行为与损害后果之间存在因果关系。所谓因果关系是侵权行为和损害后果之间的内在的必然的联系。虽然，造成付某目前损伤的直接原因是甲医院的手术，但由于本案手术是在付某未充分了解手术后果的情况下实施的，付某丧失了选择手术与否的机会，从而丧失避免风险发生的选择权，致使医疗活动不恰当地进入手术过程，使得术后并发症——上睑提肌断裂的危险由理论上的可能性转化为现实的可能性。而该现实的可能性与手术过程的结合对付某导致的伤害就成为其丧失选择权的必然结果。所以，侵犯付某知情权与付某目前所受损害结果之间具有内在的必然联系，双方之间为间接因果关系。综上所述，甲医院侵犯了付某的知情权，就应当承担相应的侵权赔偿责任。

由于付某目前的损害是多种因素造成的，包括自身疾病导致手术、手术并发症以及付某客观上选择手术，而选择手术与否和目前遭受损害之间事实上存在一定的或然性，所以，本案可考虑以上各种因

素，由甲医院承担损失后果的80%赔偿责任。《医疗事故处理条例》第50条规定："医疗事故赔偿，按照下列项目和标准计算：（一）医疗费：按照医疗事故对患者造成的人身损害进行治疗所发生的医疗费用计算，凭据支付，但不包括原发病医疗费用。结案后确实需要继续治疗的，按照基本医疗费用支付。（二）误工费：患者有固定收入的，按照本人因误工减少的固定收入计算，对收入高于医疗事故发生地上一年度职工年平均工资3倍以上的，按照3倍计算；无固定收入的，按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。（三）住院伙食补助费：按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准计算。（四）陪护费：患者住院期间需要专人陪护的，按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。（五）残疾生活补助费：根据伤残等级，按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算，自定残之月起最长赔偿30年；但是，60周岁以上的，不超过15年；70周岁以上的，不超过5年。（六）残疾用具费：因残疾需要配置补偿功能器具的，凭医疗机构证明，按照普及型器具的费用计算。（七）丧葬费：按照医疗事故发生地规定的丧葬费补助标准计算。（八）被扶养人生活费：以死者生前或者残疾者丧失劳动能力前实际扶养且没有劳动能力的人为限，按照其户籍所在地或者居所地居民最低生活保障标准计算。对不满16周岁的，扶养到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的，扶养20年；但是，60周岁以上的，不超过15年；70周岁以上的，不超过5年。（九）交通费：按照患者实际必需的交通费用计算，凭据支付。（十）住宿费：按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿补助标准计算，凭据支付。（十一）精神损害抚慰金：按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者死亡的，赔偿年限最长不超过6年；造成患者残疾的，赔偿年限最长不超过3年。"本案损失范围应当依照法律规定并结合付某的诉讼请求从以下几个方面考虑：（1）医疗费。由于甲医院在

施行左眼脂肪瘤摘除手术过程中并无不当，因此，付某要求甲医院承担左眼脂肪瘤摘除术医疗费用的赔偿责任依据不足。而左眼上睑下垂矫正术为甲医院弥补前次手术并发症而施行，此手术发生医疗费用应当计算在损害后果范围内，即人民币2000元，由甲医院承担其中80%的赔偿责任，即1600元。(2)误工费。误工费的计算应当根据当事人实际误工事实，并参照法医鉴定的合理休息时间予以确定。付某主张的人民币8000元的误工损失，根据付某所在单位出具的其月工资1500元的证明和"建议休息6个月"的法医鉴定结论，应当予以认可，按照责任比例，应当由甲医院承担6400元。(3)残疾生活补助费。根据《医疗事故处理条例》第50条的规定，残疾生活补助费应当根据伤残等级，按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算，自定残之月起最长赔偿30年；但是，60周岁以上的，不超过15年；70周岁以上的，不超过5年。付某的伤残等级经法医鉴定中心鉴定为9级，当地居民月平均生活费为300元。付某的残疾生活补助费可酌情按照当地居民年平均生活费的6年赔偿，即21600元，按责任比例由甲医院承担80%，即17280元。(4)精神损害抚慰金。侵权人对过错行为造成的损害后果应当承担赔偿责任，这种后果不但包括财产损害赔偿，还应当包括非财产损害赔偿。付某面貌重度损毁，必将影响其今后的生活质量和发展轨迹。付某目前的情况对其一生的负面影响将十分巨大，所以甲医院仅承担上述财产损害的赔偿责任尚不能弥补付某在精神上的伤害与痛苦，还应当承担精神损害的赔偿责任，以抚慰付某的精神创伤。《医疗事故处理条例》规定：精神损害抚慰金按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者死亡的，赔偿年限最长不超过6年；造成患者残疾的，赔偿年限最长不超过3年。付某主张的10800元精神损害抚慰金，于法无悖，应当予以认可。按照责任比例，甲医院应当承担80%，即8640元。

77. 未成年人无票入馆游泳淹死，游泳馆是否应当承担主要赔偿责任?

【案情】

朱某（9应当如何认定消费者的人格尊严和人身岁）离家外出游玩。朱某来到附近的游泳馆，未买门票即从游泳馆围墙空隙处入馆，游泳馆收费检票人员见状未予阻止。游泳馆内有一个景观池，曾有游客在池内游泳时淹死。朱某下池游泳，当时馆内无工作人员和其他游客。次日上午，朱某尸体在该景观池内被人发现。为此，朱某父母要求某游泳馆赔偿死亡补偿费、丧葬费等损失。

【争鸣】

■ 原告朱某父母提出，朱某虽无票擅入游泳馆，但馆方对此明知不予阻止，所以双方在事实上已形成游客与公共服务场所间的关系。游泳馆作为经营者，对消费者的人身、财产安全负有保障义务，其对有安全风险的景观池未采取任何安全防范措施，对独自游玩的未成年游客朱某也未作安全注意，因此，游泳馆对朱某的死亡负有主要过错责任。

■ 被告游泳馆提出，朱某是无票进入游泳馆的，朱某首先违反了进入游泳馆支付票费的义务，因此游泳馆就不应当对朱某的安全负有保障义务。而且，朱某父母作为朱某的监护人，放任朱某外出，系未妥当履行监护责任。因此，朱某父母应当对此事故承担主要责任。某游泳馆在管理上存在漏洞，与朱某的死亡有一定的因果关系，应承

担次要责任。



【律师点评】

《消费者权益保护法》第 2 条规定："消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。"第 7 条规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。"第 18 条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。"从以上规定可以看出，消费者在接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利，经营者应当保证其提供的服务符合保障人身、财产安全的要求，对可能危及人身、财产安全的服务，应作真实的说明、明确的警示。在本案中，游泳馆景观池内曾有游客游泳时淹死，游泳馆应当知道该池对游客存在安全风险，理应实施设置明确警示标志等措施，但游泳馆没有采取任何安全防范措施，致使朱某下池游泳而淹死。因此，游泳馆未履行对游客法定的安全保障义务，已构成侵权。

《合同法》第 60 条规定："当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"在经营者与消费者之间存在着由诚实信用原则派生的互相照顾、通知、保密、保护等与游乐合同内

容相关的附随义务，双方之间还可能基于约定或经营者的单方承诺而存在高于法律规定的安全保障义务。朱某未买门票从游泳馆围墙空隙处入馆，游泳馆收费检票人员见状未予阻止，这说明游泳馆默认了朱某入园游乐，双方即建立合同关系，游泳馆就负有注意游客安全并予以合理保护等附随义务，尤其是在游客为未成年人且无监护人在场的情况下，游泳馆应对其履行较之于成年游客更谨慎的安全保障义务。因此，游泳馆让朱某入园游玩，且未发现和阻止其在有安全风险的水池内独自游泳，系未履行对游客约定的安全保障附随义务，已构成违约。

经营者对消费者的安全保障义务可分为硬件方面的义务和软件方面的义务。在硬件方面，经营者应当持证合法经营，对消费者开放的经营场所及其配套设施、设备应当安全可靠，符合国家强制标准或行业标准，并应当配置有数量足够的、合格的安全保障人员。在软件方面，经营者提供的服务内容及服务过程应当是安全的，包括对不安全因素的提示、警示、劝告，制止第三方对消费者的侵害，对消费者已经或正在发生的危险予以积极救助等。考察经营者是否已履行了安全保障义务，主要看是否达到了法律、法规、规章、操作规程等所要求达到的程度，是否达到了同类经营者所应当达到的通常注意程度，是否达到了一个诚信善良的经营者应当达到的注意程度。在经营者违反安全保障义务致消费者人身或财产损害的案件中，经营者大多没有实施积极的作为行为，而是消极不作为。对经营者不作为行为与损害后果之间的因果关系，应当从“如果经营者达到了应有的注意程度，实施了其应当实施的作为行为，是否可以避免或者减轻损害后果”的角度来理解。如果经营者实施了其应当实施的作为行为，损害后果就不会发生或者可以减轻，则应认为存在因果关系；否则，不认为存在因果关系。因此，在举证责任上，受害人无须证明经营者消极不作为行为与损害后果间存在因果关系，只需证明经营者负有特定的作为

义务，即法定的或约定的安全保障义务；经营者不履行该义务与损害发生间存在高度的可能性，即如果履行，则损害极有可能被避免。就本案而言，游泳馆内有一个无安全警示标志的景观池，而且曾有游客在该池游泳时淹死，游泳馆没有安全标志，没有特殊的保护措施，可见游泳馆违反了硬件方面的义务。在游泳馆看到朱某无票进园后，且是未成年人，游泳馆没有对他履行较之于成年游客更谨慎的安全保障义务，游泳馆违反了软件方面的义务。而且，如果游泳馆履行了安全保障义务，是可以避免本次事故发生的，至少能够减轻危害后果，而不至于第二天才发现朱某的尸体。因此，应当认定游泳馆对消费者朱某既负有侵权法上的安全保障义务，同时也负有合同法上的安全保障义务，而游泳馆违反了上述两种义务，应当对朱某的死亡承担主要赔偿责任。朱某的父母作为朱某的监护人，放任朱某独自一人外出游玩，未尽到监护义务，应当承担次要责任。

其他



78. 应当如何认定消费者的人格尊严和人身自由被侵犯？

【案情】

2007年6月的一天，苏某到某超市购物。进入超市后，苏某四处看了看，没有找到想购买的物品，就决定再到别处看看。当苏某通过出口处的检测仪时，检测仪的警铃却响了起来，超市的工作人员立刻围了上来，要求苏某退回来重新经过检测仪，但是，检测仪再次响了起来。苏某自己也不明白是什么原因，因为自己确实没有拿超市里的任何东西。超市的工作人员将苏某带到管理部门，提出对苏某进行搜身的要求，苏某当即表示反对，但超市工作人员表明不同意搜身就不能走人，万般无奈下苏某只好脱下外衣让超市工作人员检查。经过超市工作人员的检查，并没有发现苏某身上有任何属于超市的东西。最后经过反复检查，终于发现引起超市检测仪警铃响起的原因，是因为苏某的鞋底上粘了一块超市物品的条码标签。在整个过程当中，苏某感到精神上受到极大的伤害，于是向人民法院提起诉讼，要求追究该超市的民事责任，对其进行精神赔偿。

【争鸣】

■ 原告苏某提出，超市的搜身做法已经严重地侵害了消费者的人格尊严和人身自由权，超市应当赔偿其精神损失费。

■ 被告超市提出，超市之所以采取搜身的方式实属无奈，这也是避免其损失的较为有效的方法，虽然消费者苏某在这个过程中会感

到心情不愉悦，但应该尚不构成对其人格尊严和人身自由的损害，因此不应该赔偿苏某的精神损害。



【律师点评】

人格尊严是抽象意义上的一般人格权，是指公民作为一个“人”所应有的最起码的社会地位，并且应受到社会和他人最起码的尊重。人格尊严在法律上表现为主体人格上一律平等，不受他人非法支配、干涉和控制。人身自由是指自然人依法享有的人身行动完全受自己支配，不受任何非法限制和拘束的权利。人身自由是自然人参加各种社会活动，享受其他各项权利的先决条件。

目前，我国法律中保护人格尊严和人身自由权的规定有：1. 我国《宪法》第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”第37条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由。禁止非法搜查公民的身体。”2. 我国《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”3.《消费者权益保护法》第14条规定：“消费者在购买、使用商品和服务时，享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。”4.《消费者权益保护法》第25条规定：“经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。”

本案中，超市的行为构成了对苏某人格尊严和人身自由的侵犯。侵害人格尊严的违法行为一般是作为方式，超市的工作人员怀疑苏某

偷拿了超市的货物，应当按照法定程序提交有权机关处理。但该超市的工作人员却在没有真凭实据的情况下对苏某进行搜身检查，侵犯了苏某的人格尊严，而且事情发生后，超市工作人员声明如果苏某不允许其搜身就不准离开，也同时侵犯了苏某的人身自由权，并且这种侵权行为使苏某精神上受到了严重的伤害。鉴于超市违反了《消费者权益保护法》第 25 条的规定："经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。"超市强行对苏某搜身，侵害了其人格尊严和人身自由的行为，根据《消费者权益保护法》第 43 条的规定，超市应向苏某赔礼道歉，并赔偿精神损失费。

79. 消费者受到人格歧视后，能否得到精神损害赔偿？

【案情】

2007年6月，范某在陪同朋友进入某酒店时，酒店工作人员以其面容不太好，怕影响店中生意为由，拒绝范某进入酒店。范某觉得非常气愤和难堪，强烈要求进入酒店进餐，但酒店坚决不允许其进入，范某遂向法院起诉，要求判令酒店赔偿其精神损失费。

【争鸣】

■ 原告范某提出，其人格尊严受到侵害，酒店的行为明显是一种人格歧视，依法应当赔偿其精神损害。

■ 被告酒店提出，虽然酒店工作人员的做法有欠缺，伤害了范某的感情，但酒店完全有权利不许范某进入，而且范某的权利并没有受到侵害。因此，其索取精神损害赔偿是没有道理的。



【律师点评】

本案是经营者对消费者进行人格歧视，致使消费者的人格尊严受到侵害的典型案例。所谓人格歧视，是指具有某一方面优势的个人或者群体，出于对他人的不平等心态，公然实施的轻蔑或者轻侮他人人格尊严的行为。根据人格权的特性和人格歧视行为的特点，可以概括出人格歧视的构成条件：1. 行为人的行为违反了尊重他人人格尊严的法定义务，具有违法性。尊重他人人格尊严是每一个公民和法人的

法定义务。违反法定义务的，发生直接违反法律规定的效果。2. 行为人在实施歧视行为时凭借某一方面的优势，通常是凭借有利的经济条件、社会地位，或者其他有利条件。3. 行为人故意把轻蔑或者轻侮他人人格尊严的内心想法公开于社会。如果人们只在内心对他人人格尊严进行轻蔑或者轻侮，没有客观效果，不能造成对他人的损害。相反，把这种内心想法公开于社会，表达自己对他人人格尊严的轻蔑或者轻侮，则是违反了法律的禁止性规定。4. 对方因为人格尊严被歧视而遭受不良社会评价造成精神利益丧失和精神痛苦。

人格歧视在现实生活中有很多表现形式：例如，招聘中的“血型歧视”、“性别歧视”；公共服务业中的“年龄歧视”、“相貌歧视”等；把自己宠爱的动物带到公众用餐的饭店“人狗同桌”；凭借雇主、管理者等优势，当众对雇工、被管理者进行蔑视或者轻侮人格尊严的训斥、责骂；以及在自己的经营场所设置对特定群体带有显而易见的蔑视效果的标识。凡此种种，难以详举。但按照社会一般生活经验和善恶观念进行判断，客观上不产生人格轻蔑或者轻侮社会效果的言行，不能构成“人格歧视”。这一点能够作为认定“人格歧视”的“客观标准”。比如，在某些公共场所，出于安全或者公众利益需要的考虑，谢绝低龄儿童入内、谢绝穿着不文明者入内、谢绝精神病人入内、谢绝皮肤病人入浴等，就不属于“人格歧视”。反过来，如果没有合法依据，公开宣示以身高、性别、面容、体态、城乡户口差别、职业差异等对他人采取不平等对待，就构成人格歧视。

目前，在我国各法律部门中涉及“人格歧视”法律规定。首先，《宪法》作为国家的根本大法，规定了“法律面前一律平等”，“公民的人格尊严不受侵犯”，“公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、财产状况、受教育程度都有平等的选举权和被选举权”，以及“妇女在政治、经济、文化、社会生活和家庭生活方面享有同男子平等的权利”。其次，《民法通则》规定了“公民在民事

活动中的地位平等”，“自然人的人格尊严不得侵犯”等。再次，《劳动法》规定了“劳动者有平等就业和选择职业的权利”，“劳动者就业不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”，以及“妇女享有同男子平等的就业权利”。最后，针对社会上的某些弱势群体，如残疾人、未成年人、妇女、老人等，颁布了专门的法律，保障他们享有平等、不受歧视的权利。

关于禁止“人格歧视”的规范基础，可以从《民法通则》关于保护人格尊严的规定，以及最高法院关于民事侵权精神损害赔偿的司法解释中寻找。《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条规定：“自然人因人格尊严权遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”

本案中，范某因外形原因而被酒店工作人员阻挡，工作人员的行为本身是否正当，是否符合善良风俗呢？从一定意义上说，酒店作为经营者，根据契约自由的原理，都有权对其交易的相对方作出选择。但契约自由是要受到法律的强行性规定以及公序良俗等规范的合理制约的，违反法律的强行性规定，或者不符合公序良俗原则的，可能构成侵害人格权。酒店因范某“外形不好”而拒绝其进入酒店消费属不当的人格歧视行为，侵害了范某的人格尊严权，应赔偿相应的损失。鉴于酒店工作人员仅是阻拦，并没有直接的言语刺激，故而精神损害赔偿的数额不宜过高。

80. “衣冠不整者禁止入内”是否属于侵权?

【案情】

德派公司系西式餐厅，其店门玻璃上有“衣冠不整者禁止入内”的告示，在该店内有“为了维护多数顾客的权益，本餐厅保留选择顾客的权利”为内容的店堂告示。某日，苗某身穿短裤、脚穿塑料拖鞋到该店就餐。该店当日值班经理向苗某出示了上述告示，请其改日到该餐厅用餐，并附送两张“买一送一”餐券。苗某第二次以同样装束到该店就餐，又被该店拒绝用餐。苗某于是起诉德派公司，要求法院判其赔偿精神损害。

【争鸣】

■原告苗某提出，依据《消费者权益保护法》，只有消费者选择消费的权利，而没有经营者选择消费者的权利，而且自己的穿着不属衣冠不整之列，亦未侵犯其他顾客的权益；德派公司拒绝其用餐的理由不能成立。同时，这种做法伤害了其作为一个中国人的自尊心，并侵害了其名誉权。

■被告德派公司提出，为维护在本餐厅就餐顾客的权益，向顾客提供文明有序的就餐氛围，本公司专门设立“为维护多数顾客的利益，本店保留选择顾客的权利”为内容的告示牌，对少数衣冠不整或举止粗鲁，明显影响其他顾客的客人进行劝阻。苗某身穿短裤及塑料凉鞋到公共场所就餐，有影响其他顾客的可能，故礼貌地拒绝其用餐，行为并无不当，亦未构成对其名誉权的损害，不应对其进行精

神损害赔偿。



【律师点评】

本案所涉及的法律问题是衣冠不整者禁止入内是否属于侵权？这一问题其实可以分解为以下两个问题：一是消费者权益的保护及其界限，二是消费者权益与企业经营权的平衡。

首先，消费者权益保护源于消费者与经营者之间经济地位尤其是信息在一般意义上的不对称。但是，消费者权益与任何其他权利或权益一样，都必须有一定的界限。法治的一个基本原则是：权利不得滥用，权利的行使应当善意；权利主体在行使自己权利的同时，不得侵犯他人的合法权利，这就是权利或权益的界限。《民法通则》第5条规定："公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。"根据《消费者权益保护法》的规定，消费者享有自主选择权、公平交易权、受尊重权等各项基本权利。而企业作为经营者也享有合法的经营权，有按照自身的经营理念来运作日常管理活动和面向社会提供商品、服务的自主权利。公民作为消费者时依法享有的权利与企业的经营权同等受到法律的保护。在经济交往过程中，消费者和企业应遵守法律、法规，尊重社会公德，不得损害对方的合法权利或权益，并在法律赋予的限度内行使其权利。法律禁止任何权利主体以行使自己的权利为由侵犯其他权利主体的合法权利或权益。

其次，消费者权益与企业经营权的平衡。消费者享有自主选择商品或者服务的权利。同样，企业作为经营者，享有在合法基础上自主选择有利于其经营的方式、方法，如同企业可以自主选择其经营的地点或其他经营条件。消费者与经营者在行使其权利或权益的同时，都

应承担相应的义务。经营者在享有经营自主权的同时，有义务满足选择其商品或者服务的消费者对其商品或者服务的正当要求。消费者对消费的选择包括对消费环境的选择，尤其选择服务方式的消费者对消费环境的要求往往包含在其消费目的之中。故经营者创造及维护独具特色的消费环境，已经成为其经营方面不可分割的组成部分。因此，经营者出于主观目的选择最有利于赢利的经营方式，客观上为所有的消费者提供了良好的消费选择。消费者在消费过程中亦负有尊重公序良俗及经营者合理、正当经营习惯的义务。

就本案而言，德派公司作为西餐式快餐店，其食品特点及环境具有西式餐饮特色，营造了德派公司特有的饮食文化氛围。其将“衣冠不整者禁止入内”和“为了维护多数顾客的权益，本餐厅保留选择顾客的权利”以店堂告示的方式告知来此消费的消费者，目的是为所有消费者创造一种文明有序的良好消费环境。从一般人的理解来看，应认为德派公司只是为了限制那些诸如衣冠不整和行为举止不文明的消费者进入其经营场所，而非对一般消费者消费权益的限制，也并非针对特定主体而作出。该做法在行使经营权方面具有一定的合理性。苗某作为选择在该店用餐的消费者，就应尊重该餐厅一贯形成的文化氛围。苗某以其当日的穿着虽为短裤及塑料拖鞋，但干净整洁，不属衣冠不整之列为由，认为德派公司不应拒绝其消费。那么衣冠不整由何人认定呢？苗某的衣着是否属于衣冠不整，影响其他消费者的消费，应当由经营者根据法律有关规定及其经营过程中所形成的公序良俗和一般人的通常理解来认定。显然，德派公司根据苗某当日的衣着情况拒绝其消费，并不违反法律规定和违背常人的理解。至于德派公司是否伤害了苗某作为中国人的自尊心，不应当随便就把中国人自尊心问题提出来，商业就是商业，远没有那么沉重。中国人的自尊心是个神圣的话题，本案远远达不到中国人自尊心的层次。另外在本案中，德派公司的工作人员根据他们的经营习惯和苗某衣着情况，指出

其衣着不符合到该店消费的基本要求，在赠送两张“买一送一”餐券的同时请其改时间再来用餐。这种做法无论在言语、动作上均不构成对苗某人格的侮辱，德派公司的行为并没构成对苗某名誉权的侵害，故苗某的诉讼请求不应当支持。

81. 消费者知情权受到侵犯如何维护权益?

【案情】

2007年3月12日，何某在华茂汽车销售有限责任公司看中一辆白色广州本田雅阁轿车，经询问价钱后决定购买，双方当即办理了购车手续，何某向华茂公司支付了购车款人民币315000元。2007年3月21日，华茂公司通知取车。在何某对该车进行检查的过程中，华茂公司隐瞒了该车已由他人在泰达公司订购并交车使用了950公里，进行了保修登记并进行了首次保养的真实情况。何某经检查后发现没有问题，以为是全新并没有问题的汽车，遂开回家使用。在开了一段时间以后，何某在首次保养时发现华茂公司违反合同约定，售给自己的不是新车，而是一辆出售给他人再转手买卖的旧车。但何某还是继续使用，至今已经行使10053公里。之后何某向法院提起诉讼，以华茂公司向其售车时存在欺诈为由，要求撤销何某和华茂公司之间的汽车买卖合同；返还给何某所购的轿车，或者是返还给购车款人民币31.5万元，赔偿损失人民币31.5万元。

【争鸣】

■原告何某提出，华茂公司在向何某销售广州本田雅阁牌豪华轿车这例大宗消费品时，故意隐瞒了该车已由他人在泰达公司订购并交车使用了950公里，进行了保修登记并进行了首次保养的真实情况，使何某误以为该车系全新、无瑕的商品，从而作出了购买此车的错误意思表示。因此，华茂公司的上述行为符合《民法通则》有关

司法解释规定的特征，应认定为民事欺诈行为，该车应认定为二手车，华茂公司应当承担赔偿责任。

■被告华茂公司提出，何某与华茂公司之间的买卖汽车民事行为不违反法律、行政法规的强制性规定，应为有效。何某按约支付给车款，华茂公司已交付汽车，本案车辆的销售主体应为华茂公司。本案车辆交付时的里程表为150公里，虽与首次保养记载的里程950公里不一致，但不属于《消费者权益保护者》第49条规定的欺诈行为。而且，何某发现问题后并未停止使用，至今已行驶万余公里，故何某要求退货并返还购车款的诉讼请求，法院不应当支持。



【律师点评】

本案是一起侵害消费者的知情权的案例。根据《消费者权益保护法》第8条第1款的规定，所谓消费者的知情权就是指消费者在购买、使用商品或者接受服务时，知悉商品和服务的有关真实情况的权利。知情权是消费者的一项重要权利，因为消费者在日常生活中购买、使用商品和接受服务是为了满足生活需要，而对于一件商品或一项服务是否能够满足消费者的生活需要，只有在对该件商品或该项服务了解的基础上才能知晓，了解真实情况是消费者正确判断的前提。正是由于以上原因，使知情权成为了消费者的一项基本权利。

关于消费者的知情权的具体内容，《消费者权益保护法》第8条第2款作出了具体的规定，即“消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况”。根据以上规定，消费者的知情权一般有以下几个方面：有关商

品或服务的基本情况；有关商品的技术指标情况；商品或服务的价格以及商品的售后服务情况。消费者的知情权是消费者的一项法定权利，消费者可以通过下述途径实现自己的知情权：首先，消费者有权要求经营者依法标明商品或者服务的有关真实情况，比如要求经营者标明商品或服务的价格以及生产者的名称和住所、商品的用途、性质、主要成分、功能等有关情况。其次，消费者有权向经营者咨询、了解商品或者服务的真实情况，经营者应当耐心回答，不能欺骗消费者。再次，因为虚假宣传或者其他欺诈行为而违背其真实意愿发生交易时，消费者有权主张该行为无效。

侵害消费者知情权的侵权行为，在实践中的表现多种多样，一般表现为：(1) 不提供有关商品或服务的信息；(2) 提供的商品或服务的信息不符合要求； (3) 对商品或服务作虚假夸大的宣传；(4) 故意隐瞒商品或服务的瑕疵、危险性、副作用；(5) 由于过失而向消费者提供的信息与商品或服务的实际情况不一致。就侵权行为的要件来看，经营者在侵权过程中一般具有过失。

就本案而言，华茂公司在向何某销售广州本田雅阁牌豪华轿车这例大宗消费品时，故意隐瞒了该车已由他人在泰达公司订购并交车使用了950公里，进行了保修登记并进行了首次保养的真实情况，使何某误以为该车系全新、无瑕的商品，从而何某作出了购买此车的错误意思表示。这属于上述第四种行为，即在主观上存在明显的过错，构成对消费者的欺诈行为，属于侵害消费者知情权的行为，使消费者的权益受到严重的损害，作为消费者的何某当然有权主张该行为无效，要求华茂公司承担民事责任。

82. 消费者协会是否可以成为诉讼当事人，作为原告或被告参加诉讼?

【案情】

某食品有限责任公司是一家较著名的食品生产商，每年中秋节该公司生产的“美嘉”牌月饼都有很好的销路。这一方面是由于该公司生产的“美嘉”牌月饼确实很好，另一方面在于该公司注意产品的包装和宣传。而且自2001年起该公司生产的“美嘉”牌月饼成为省消费者协会的推荐产品。消费者协会向推荐产品的生产者以论证费等形式收取了一定数额的推荐费。2007年中秋节前夕，王某在超市上购买了400元钱的“美嘉”牌月饼，准备作为送给自己女友家人的礼品之用。中秋节过后，王某通过新闻媒体得知，他购买的“美嘉”牌月饼系采用过期变质的原料加工而成，含有对人体有害的成分。得知此消息后，王某感到很气愤，女友也怪他第一次见岳母就买了伪劣产品来骗人。王某因此受到很大的打击，遂将某食品有限责任公司告上法庭，在律师的协助下，王某将消费者协会追加为被告，要求被告赔偿其经济损失和精神损害。

【争鸣】

■原告王某提出，消费者协会作为消费者权益保护的民间机构，法律赋予了其相应的权利和义务，消费者对消费者协会存在较大程度的信赖。因此《消费者权益保护法》规定，消费者组织不得从事商品经营和赢利服务，不得以牟利为目的向社会推荐商品和服务。本案

消费者协会违反消费者权益保护法的强制性规定，对于推荐产品进行收费，而且对某食品有限责任公司生产的“美嘉”牌月饼，在未进行实际检测、评估的情况下，就依据以往的判断为该公司的产品进行推荐，其行为具有过错，应承担相应的民事责任。

■ 被告消费者协会提出，某食品有限责任公司作为生产者，生产不符合食品卫生法规定的要求的商品，违反了相关法律的规定，应承担相应的法律责任。尽管王某是在消费者协会的推荐下购买了该公司生产的“美嘉”牌月饼，但是最终作出购买决定的还是王某自己，因此消费者协会作为本案被告不适格。



【律师点评】

本案是消费者因购买不符合国家卫生、安全标准的食品，人身健康安全受到威胁，向法院起诉要求生产者损害赔偿的案件。本案由于消费者协会将该公司生产的食品列入推荐名单，所以消费者向消费者协会主张赔偿。本案中王某为给岳母送礼而购买了某食品有限责任公司生产的“美嘉”牌月饼，依照《消费者权益保护法》的规定，王某的行为属于《消费者权益保护法》保护的范围。由于该月饼的原料不符合国家规定的标准，存在危害人体健康的隐患，王某作为消费者提起诉讼，某食品有限责任公司作为本案的适格原告，应当负赔偿责任。

本案的焦点问题是消费者协会作为被告被消费者起诉的问题。消费者协会是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的组织。其主要职责是向消费者提供消费信息和咨询服务，参与行政部门对商品和服务的监督、检查，接受消费者的投诉，并对投诉问题进行调查、调节，支持消费者进行诉讼等。本案中消费者协会由

于工作疏忽，在未对推荐产品进行适当的监督的基础上，即对被告公司生产的产品进行推荐，消费者因购买其推荐的产品，消费者协会应该向消费者承担责任。消费者协会不但进行没有合理根据的推荐，而且在对产品进行推荐的过程中收取被推荐产品生产单位的推荐费用，实际上是变相以推荐为名，进行营利活动。根据《消费者权益保护法》第33条的规定，消费者组织不得从事商品经营和营利性服务，不得以牟利为目的向社会推荐产品和服务。本案消费者协会收取被推荐公司的服务费，违反了该规定，应承担相应的法律责任。

但消费者协会违反该规定所应承担的具体责任，法律并无明文规定。消费者协会作为依法成立的社会团体，属于民间机构而非政府机关，其行为应受相关民事法律及自身规章调整。据此，消费者协会违反法律的禁止性规定，从事消费者权益保护法明令禁止的行为，并且该行为给消费者造成了损害，消费者协会应向消费者承担民事责任，即其应在其过错范围内赔偿消费者遭受到的损失。本案被告某食品有限责任公司作为生产者应赔偿王某购买月饼的价款400元，对于该责任，消费者协会在其过错范围内承担责任。

83. 消费者合法权益受到侵害，消费者协会应尽哪些职责？

【案情】

2007年5月20日，王某和妻子叶某到某副食商场购买了三瓶罐头，一瓶是水果罐头，另外两瓶是熏鱼罐头。叶某把鱼罐头拿回家启开后，发现有些异味，也没有在意，当叶某、王某食用后，觉得恶心，想呕吐，赶紧叫来邻居将其送往医院进行救治，才脱离危险，经医院化验表明，王某、叶某是食用了变质的熏鱼罐头所引起的食物中毒，在整个住院期间，王某、叶某二人共花去医疗费1500元，交通费100元，陪床费200元。出院后，王某找到副食商场，要求其赔偿损失。副食商场答复说，罐头是长期保存食品，一般来讲不会变质，商场对于罐头的质量没有检验的义务，如果因食用罐头食品发生问题，请找生产厂家解决问题，本商场概不负责。王某一看罐头的生产厂家，厂家在一个遥远的边疆省份就打消了打官司的念头，只好自己承担所有的损失。王某、叶某中毒的事情被当地群众反映到了县消费者协会。县消费者协会对此事进行了调查，发现副食商场所进的这批罐头有相当一部分已经变质。在叶某购买罐头之前，曾经有消费者向副食商场反映罐头的质量问题，但商场没有放在心上，仅仅把变质的鱼罐头作简单的退货处理，剩余的罐头继续出售，王某和叶某等二人均系退休职工，岁数较大，依靠退休金生活，住院期间的医疗费用又不能全部报销，对于其是一个较大的经济负担。县消费者协会认为，帮助消费者保护其合法权益是消费者协会的重要职责，尤其是对于王

某、叶某这样的年老体弱的人，协会更应当负起责任。于是，消费者协会的同志帮助王某书写了起诉状，向人民法院提起诉讼，要求副食商场赔偿因出售变质罐头给其造成的经济损失1800元，并负担所有诉讼费用。

【争鸣】

■原告王某和叶某提出，商场作为经营者，因此应出售合格商品，保护消费者的合法权益是商品生产者和经营者所负的重要义务。在副食商场明知有部分罐头已经变质的情况下，不积极采取措施，反而继续出售不合格食品，严重侵犯了消费者的合法权益，应当承担相应的法律责任。在自己和老伴二人不知道怎样维护其消费者合法权益的情况下，消费者协会有责任履行自身职责，帮助王某二人维护其合法权益。

■被告商场提出，在王某、叶某的1500元医疗费用中，其中有一部分是滋补品，不属于药品的范畴。商场可以按照法律规定给予王某和叶某一定数量的营养费用，但是滋补品的价格应当从医疗费用中扣除，不给予赔偿。



【律师点评】

在本案中，消费者协会的支持和帮助对于王某和叶某通过诉讼取得赔偿起到很大的作用。如果没有消费者协会，王某和叶某就可能不向人民法院起诉，自己来承担所有的损失。消费者协会是消费者组织的一种，而消费者组织与消费者运动是密不可分的，消费者的运动是消费者为了维护自己利益，争取社会公正，自发或有组织地同损害消费者利益的行为进行斗争的社会运动。它的产生是生产力发展的结

果。它最早起源于近代欧洲和美洲，经历了由自发性群众运动变为有组织的群众性运动，从政府的行政干预到制定法律法规，来保护消费者权益，从生产者、经营者对保护消费者权益的放任到积极参与，这是一个漫长的历史过程。

我国是社会主义国家，党和政府历来十分重视、大力支持并开展消费者权益工作。在1984年12月26日成立了中国消费者协会，其成员由全国务行各业的134位代表组成，其分支机构遍及全国，为社会、为消费者做了很多的工作。消费者组织在社会发展中的作用越来越大，这也是一种历史潮流，与国际惯例相吻合。从1983年5月我国第一个消费者组织——河北省新乐县消费者协会成立以来，全国各地已建立了很多消费者协会，还有分会、联络站、监督站等，发展成员数十万名。这些组织在“对商品和服务进行社会监督，保护消费者权益，指导广大群众消费”等方面做了以下主要工作。（一）协助立法机关制定保护消费者权益的法规。这些消费者协会从其成立起，就担负着这一工作，在地方协助制定地方性法规以保护消费者权益。（二）运用舆论手段来开展保护消费者权益的宣传工作，使保护消费者权益做到有法可依，力争做到有法必依。（三）受理消费者投诉是消费者协会的一项重要工作。其具体措施是：对一般投诉，消费者协会可寄函给当地工商企业，限期解决，并把结果告诉该协会和投诉人。对重大、有争议的投诉，消费者协会亲自调查核实，提出调解意见，合理解决。对超出自己职责的，可由政府主管部门解决。（四）积极参与有关部门组织对市场上的商品和服务进行监督检查，可及时发现并制止损害消费者利益的行为，对维护消费者权益起到了很大作用。（五）开展商品比较试验，可及时掌握市场商品质量状况，有助企业尽早知道反馈信息，改进产品质量，同时还可指导消费者的消费。（六）组织消费者评议商品和服务。可向企业及时反馈消费者的呼声，有助于企业改进工作。（七）开展教育和理论研究工

作，通过对消费者的教育，指导他们如何消费，如何保护自己的利益，起了很大的作用。

通过对消费者协会组织工作的总结，借鉴国外经验，在《消费者权益保护法》中明确规定了我国消费者组织的职能范围：1. 向消费者提供消费信息和咨询服务；2. 参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；3. 就有关消费者合法权益问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；4. 受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；5. 投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；6. 就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼。本案中，消费者王某和叶某在保护自己的合法权益遇到困难时，消费者协会及时为王某和叶某排忧解难，向其宣传有关的法律知识，采取各种方式支持其起诉，这种方式是完全正当合理的。

本案中消费者协会帮助消费者王某、叶某的方式是鼓励其通过诉讼手段来保护自己的合法权益，通过支持和帮助，王某和叶某的合法权益得到了维护。支持起诉原则是民事诉讼法的基本原则之一。根据民事诉讼法的规定，支持起诉原则就是指机关、团体、企事业单位对损害国家、集体或个人民事权益的行为，可以支持受害者向人民法院起诉。支持起诉的原则主要包括以下内容：（一）支持起诉的前提条件是：1. 必须是被告人的行为构成了侵权行为，即加害人的行为确实侵犯了国家、集体或个人的民事权益，需要支持受害者与这种侵权行为作斗争。如果属于一般的民事权益之争，当事人可以自行处分，无须机关、团体、企事业单位介入。2. 必须是受害者没有起诉，如果受害人已经起诉，则无须再进行干预。本案中王某、叶某因食品中毒，其人身权受到侵犯，并且由于物质和精神因素的限制，不愿起诉。这时，有关团体就应当支持其进行起诉。（二）有权支持起诉的主体只能是对于受害者负有保护责任的机关、团体和企事业单位。

（三）被支持起诉者是与本案有直接利害关系的原告，可以是机关、团体、企事业单位，也可以是公民个人。也就是说，被支持起诉者必须具备本案原告的资格，只有被支持的人才可以作为原告，这样支持起诉者才有其存在的意义。（四）支持起诉的机关、团体、企事业单位，不是案件的利害关系人，没有诉权，不能以自己的名义起诉。也就是说，支持起诉的单位不具备提起诉讼的条件，不具备民诉法规定的原告资格。本案中的消费者协会虽然是保护消费者权益的组织，但是王某受到侵害与协会没有直接的利害关系，消费者协会不能以自己的名义起诉。

根据实践经验，支持受害者起诉的方式，一般是通过向当事人宣传政策法律，解除其思想顾虑，以精神上或物质上支持或鼓励他们向人民法院起诉。诸如指引受害人向有关单位反映情况，帮助其写诉状，向其宣传有关的法律知识，为其选派有法律知识的人担任委托代理人等。在支持起诉后，案件如何处理应由人民法院依法裁判，支持起诉者不能再进行干预。

84. 国营商店个体承租柜台户是否可以不标明真实名称和标记？

【案情】

2007年7月5日，杭某与妻子在街上散步，不知不觉中踏进了一家久违了的国有商店。他发现售货员大都是些陌生面孔，服务态度却较以往热情多了。杭某随便拿起一件上衣看看，售货员立即热情地介绍："这位先生真有眼力，这件上衣是进口面料，做工精细、款式新颖，正适合这位女士。如果需要，价钱方面可以优惠。"杭某被说得有些心动，妻子也颇有购置之意。试穿一下后，觉得合体，就掏钱买下了。杭某拿回家后仔细一瞧，却发现了很多问题：针脚过大、线路不整齐、布料劣质、袖领有油渍等。第二天，杭某就来到商店要求退货。但是售货员说："你昨天挑选时应该看清楚呀！现在，货已卖出，恕不退换！"杭某只好找到商店经理，要求处理。经理说："商店的柜台都是个人承租，商店只收租金，不管经营，不为承租人负责。"杭某无奈，于是起诉至法院，要求法院判决该柜台退货，并赔偿其经济损失。

【争鸣】

■ 原告杭某提出，该女售货员租赁他人柜台，应当标明自己的真实名称和标记；销售的商品质量有问题，应当准予退货。

■ 被告柜台提出，杭某在购买货物后，既然货已售出，就不能退还。至于该女售货员是否标明真实名称和标记，是经营者的权利，

杭某无权干涉。



【律师点评】

《消费者权益保护法》第20条规定："经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。"经营者的名称和标记，其主要功能是区别商品和服务的来源。这里的"名称"，是指经营者依法确定的名称，包括企业名称、从事经营活动的事业单位和科技性社会团体的名称、个体工商户和个人合伙的名称（字号）等；没有字号的个体工商户和个人合伙在市场交易中使用的个人姓名，也视为经营者的名称。所谓"标记"，是指一些经营者在经营活动中使用的除名称权之外的特殊标志。因此如果名称和标记不实，就会使消费者发生误认，无法正确选择喜欢或信任的经营者。在发生纠纷时，则无法准确地确定求偿主体。对租赁柜台或场地的行为，《消费者权益保护法》第20条特别强调承租方有义务标明自己的真实名称和标记，目的在于区分承租方和出租方，一旦发生责任问题，便于确定责任承担者。经营者的名称又叫"商号"，是经营者之间得以相互区别的文字符号。经营者的名称往往与其提供的商品和服务联系在一起。商品和服务质量好的经营者，其名称在消费者心目中的地位就高。经营者的名称，也就是其法律人格的载体。经营者在从事各种活动时，总是以其名称作为其化身来承受权利义务或者承担法律责任。经营者的标记，是经营者在经营活动中使用的特殊标志。标记也与经营者的商业信誉紧密相连。一个成功的经营标记，是独具匠心的设计者心血的凝结，是经营者全体员工长期共同努力的结晶，是经营者商业信誉的代表。因此，经营者的独特标记和名称是一笔可观的无形资产。

假冒他人的企业名称和标记，是侵犯他人名称权和商标专用权的行为，是一种不正当竞争行为，同时也是侵犯消费者合法权益的行为。因为如果经营者假冒信誉较好的企业的名称和标记，消费者就会将其商品和服务误认为是信誉好的经营者的商品和服务而加以误购，结果是深受假冒伪劣之害。正因如此，我国《消费者权益保护法》、《反不正当竞争法》、《商标法》、《产品质量法》等多部法律、法规都禁止假冒、仿冒他人的名称和标记。

经营者标明真实名称和标记的义务是与消费者的知情权相对应的。这项义务的内容主要包括：经营者不得使用未经核准登记的名称；不得擅自改动使用经核准登记的名称；不得假冒他人名称和他人特有的营业标记；不得仿冒他人名称和他人特有的营业标记；不得使用与他人名称或者特有营业标记相近似，足以造成误认的名称或者营业标记。经营者只能诚实地使用自己的真实名称和营业标记。经营者使用自己的真实名称和标记，应该在醒目的位置以醒目的方式标出。对于租赁他人柜台或者场地的经营者，因为其经营水平、商业标记、企业名称等与租用的经营者不同，所以，在进行商品交易过程中，租赁柜台或者场地的经营者同样具有标示自己真实身份的义务。《消费者权益保护法》第20条第2款从经营者的义务角度规定："租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。"对于出租者而言，也应当监督承租者的经营，促其明确标出承租人的身份、名称和标记。本案中，对于在出租柜台或者场地购物者，如果找不到承租者时，杭某有权向出租人索赔。租赁期满后，即使能找到承租者，杭某仍有权直接向出租者索赔。当然，出租者赔偿以后，有权向承租者追偿。

另外，如果出租者纵容、姑息承租者利用自己的名称和营业标记，那么，承租者出售劣质商品、提供劣质服务的结果，不仅损害了消费者的合法权益，而且贬低了出租者的信誉，最终是砸了出租者的

饭碗。因此，出租者有义务也有权利监督承租者认真标明真实名称和标记的义务。在本案中，国有商店柜台的承租者不标示任何名称和标记，出租者也未在醒目处公告本店业已出租，使人误以为仍是出租者在经营。怀着对出租者原有的信赖购买商品后，却发现是伪劣商品，而经营者也早已易人。柜台承租者违反了标明真实名称和标记的义务，出租者也未尽到监督之责。消费者杭某有权要求承租者承担责任；如果找不到承租者，或者租赁期已满，则杭某有权直接要求出租者商店承担责任。

85. 消费者抄价格遭商家殴打，商家负哪些责任？

【案情】

2007年6月8日下午，张某去重庆旅游，回家时在某超市准备购买一种香皂，但发现其标价与自己平时购买的价格不同，遂掏出纸笔将标价抄录下来以便回家比较。张某此举当即遭几个超市保安员的制止，并被要求交出抄了价格的纸条。张某不同意，于是双方争执起来，据现场目击者彭先生说，张某应保安员要求交出纸条后被带往办公室，途中几名保安员动手打了他。事发后，该超市有关负责人声称张某违反了商场“严禁抄写商品价格”的规定，侵犯了商场的“商业秘密”。记者还看到，这家商场的规定为商场内严禁照相、摄像及抄袭价格。事后，张某起诉至法院，要求某超市赔礼道歉，并赔偿损失。

【争鸣】

■ 原告张某提出，商品价格既然已明码标出，也就不存在秘密一说。至于顾客知晓的方式更是多种多样，抄写商品价格只是方式之一，顾客当然有权进行选择。秘密性是商业秘密的本质特征，抄写商品价格不构成侵犯商业秘密的行为。至于商家称贴有醒目警示“严禁抄写商品价格”，这只是商家内部的约定，没有法律依据，是完全无效的。

■ 被告某超市提出，超市作为经营者，张某到超市购物，就必须遵守超市的管理规定。超市已经明文规定“严禁抄写商品价格”，

张某有权不购物，但购物就必须按照商场规定办事，所以张某明知故犯抄写商品价格显然侵犯了商场的“商业秘密”。



【律师点评】

“货比三家”是消费者最简单的常识和最基本的购物经验，有的消费者为了买一件价廉物美的商品，愿跑遍大小商店。对于手头并不富裕的中国老百姓来悦，这已是司空见惯的事情。然而，这一次为货比三家而抄价格的顾客却受到厂商家的阻拦乃至殴打，并且双方各执一词，互不相让，直到诉诸法庭。人们不禁产生了疑问，难道商品价格真是商业秘密，只许看不许抄吗？下面，我们就将对本案作一全面点评。

“货比三家”是消费者最基本的购物常识，其目的是为了买到物美价廉的商品。因此，货比三家有两个重要的参考标准，即价格与质量。现在市场上大多数商品没有统一的政府定价。于是，同一品牌、规格的商品在不同档次的商场，会有完全不同的价格，甚至相同的商品差几十元、几百元。以电器为例，其功能、规格、外形等各方面划分得很细致，反映在价格上就有较大的差异。作为工薪族的一般消费者，为了寻求商品价格与性能的最佳配置，不得不把这些复杂的规格、价格抄录下来，再进行比较分析，作出最后选择。从情理上看，这完全是合情合理的。有些消费者抄录价格是为了防止被超市多收款。现在越来越多的工薪族喜欢在周末逛超市，一次买足一周所需的日用品。然而，有些超市商品只有条形码，却没有标签，结账时容易被多收款，所以抄录价格就很有必要了。

其次，消费者享有知悉真情权，经营者不得以格式合同、店堂告示等方式予以排除。《消费者权益保护法》第 8 条规定：“消费者享

有知悉其购买、使用的商品或者接受服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地……等有关情况。”第24条规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻，免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”《合同法》也在第40条明文规定：“……提供格式条款方免除其责任、加重双方责任、排除双方主要权利的，该条款无效。”由此可见，商家的“禁止抄袭价格”的规定因为排除了消费者的主要权利，所以不具有任何法律效力。本案中，消费者张某没有义务遵守商家无效的店堂告示，其抄写价格的行为也不构成对商业秘密的侵犯，因此超市的主张是无效的。另外，超市殴打顾客的行为也是违法的。因为消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。超市殴打消费者，侵犯了其人身权利，因此必须赔礼道歉，并赔偿损失。

其实，不仅商家无权禁止消费者抄价格，而且，即使是同行之间的“采价”，法律也未明文禁止。价格既已明确标示出来，若想禁止同行知晓，实在是不可能的事情。类似“禁止抄录价格”规定的所谓保密措施，不过是掩耳盗铃罢了。同行之间的竞争，有各种手段，价格只不过是其中之一。只有低廉的价格，没有合格的质量和良好的服务，照样会被市场的竞争所淘汰。总之，通过对本案的分析，消费者应当明确认识到，商品价格并非商业秘密，消费者有权知悉所购商品的价格并可以抄录下来，商家不得无理阻拦。某超市应当向张某赔礼道歉，并赔偿损失。

86. 消费者为维护自己合法权益而提起诉讼，所花费用是否能请求赔偿？

【案情】

2008年4月14日，吴某到某公园游览回家的途中，在某商场购书中心购买了一本《走向法庭》的书籍，回家后发现该书缺了32页。第二天，其乘公共汽车到书店要求退书，要求书店赔付他为退书往返书店的1元钱交通费。书店答应退书但拒绝赔付1元钱的交通费。吴某于是起诉到该区人民法院，要求法院判决书店赔付交通费和诉讼费。

【争鸣】

■原告吴某提出，自己要求赔偿因退书所损失的1元交通费，及诉讼期间所发生的住宿等费用807元的诉讼请求，因系某书店所售图书质量问题引发，故书店理应承担赔偿费、往返车费、诉讼费等。

■被告书店提出，吴某要求书店承担处理该案往返法院及消协的车费，无法律依据，法院不应该予以支持。



【律师点评】

性质相似的案件，在不同的法院会有不同的判决结果。究其原因，主要是法律没有明确规定，是法律赋予法官的一定自由裁量权。

在大陆法系国家，法官通常情况下只是机械地适用法律，没有自由创设法律的权力，但由于法的相对稳定性，而社会生活的千姿百态，要对任何事物的法律调整都作出具体规定是不可能的也是没有必要的，但为了贯彻有法可依的原则，法律常常作一些原则性的、模糊的规定，留待法官在具体操作时予以法律解释而达到自由裁量，使得案件既能在法律范围内处理，又能做到公平合理。

法律解释是指对法律的内容和含义的说明，分为有权解释和学理解释。司法机关在审理案件时所作的解释是有权解释。司法机关作为有权解释的主体，其权力来源于法律的规定，同时又有合理的根据。首先，法律规范是抽象的、概括的规定，是对一般人或事，而不是对具体的、特定的人或事来规定的。作为一种社会规范，法律不可能也不应对一切社会现象都作出规定，正因此，将这种抽象的、有限的规定适用于具体情况时往往会有不同的理解，这就需要统一的法律解释。其次，人们的认识水平总是有差别的，对同一法律规定有不同的理解也很自然，特别是法律规定中有许多专门的术语，这更需要作法律解释。再次，人们也不可能指望每个法律条文都规定得完美无缺，事实上，法律应规定而未规定，规定模糊不明、不精确、相互矛盾等都是可能的，在此种情况下，法律解释正是改正法律缺陷的一个重要手段。最后，社会生活是不断发展的，法律要适应客观发展需要，但又不能朝令夕改，而必须保持法律的相对稳定性。从这可以看到，法律解释的另一个重要作用，即通过法律解释既保持法律的稳定性又能使法律适应已发展了的社会情况。

在本案中，法官具体适用的需要解释的法律条文有二：《民法通则》的第 61 条以及《消费者权益保护法》第 44 条。解释的焦点在于“赔偿损失”。《民法通则》第 61 条第 1 款规定：“民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人应该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有

过错的，应当各自承担相应的责任。”本案中买卖书的行为被确认为有效是没有争议的，书店有过错也是不容量置疑的，因为经营者在进货时有执行检查验收的义务，以确保商品符合相关要求，除法律有特别规定外，对缺陷未能查出的，就应当视为过错，所以书店应给消费者赔偿损失。此处所谓的“损失”究竟指的什么，其有什么样的构成要件或者是需要什么样的标准等是需要作出合乎情理的解释的。一般认为，损失是指现有财产的减少或未来应得财产的不可得，即积极损失和消极损失，并且财产的变动应当和民事行为有因果联系。我们认为，消费者因产品质量引发的纠纷而支付的交通费、食宿费、诉讼费等费用属于消费者财产的积极损失，也就是支付了不必要支付的费用，是现有财产的减少，同时这种支付行为和购买商品或接受服务的民事行为是有直接因果联系的。因而，从《民法通则》第61条来看，法院应当判令被告书店赔偿吴某因产品质量而支付的一切有关费用。

《消费者权益保护法》第44条规定：“经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。”此条文在适用中引发争论的是，赔偿损失是与修理、重作等几种责任承担方式并列的还是其补充。若是并列的，则赔偿损失仅仅是在责任者不用前几种方式承担责任时才能适用，若是补充关系，则赔偿损失是在前几种方法仍不能保证消费者权益得到满足时补充适用。我们认为，赔偿损失应当是前几种承担责任方式的补充，因为前几种方法的适用有一个前提，即在发生纠纷时，经营者能及时合理适用此几种方式。若消费者在纠纷发生时，需要通过多次的多种方法才能解决，其必然交付了本不应当支付的费用，且支付的费用是解决纠纷所必须花费的，也即前面所述的积极损失中的情形。

总之，因产品质量引发的损失，既包括购货款和服务费用，也包括因修理、更换、退货等而发生的交通费、误工费，更应包括投诉或诉讼发生的费用，因为这些费用都是消费者权益受到损害而产生的，“损害”和“费用”具有因果关系。在本案中，吴某要求赔偿因退书所损失的1元交通费，及诉讼期间所发生的住宿等费用807元的诉讼请求，因系某书店所售图书质量问题引发，故书店理应承担赔偿费、往返车费、诉讼费。



附 录

中华人民共和国消费者权益保护法

第一章 总 则

第一条 为保护消费者的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。

第二条 消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。

第三条 经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务，应当遵守本法；本法未作出规定的，应当遵守其他有关法律、法规。

第四条 经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。

第五条 国家保护消费者的合法权益不受侵害。

国家采取措施，保障消费者依法行使权利，维护消费者的合法权益。

第六条 保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。

国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。

大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。

第二章　消费者的权利

第七条　消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。

消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。

第八条　消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

第九条　消费者享有自主选择商品或者服务的权利。

消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。

消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

第十条　消费者享有公平交易的权利。

消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

第十一条　消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

第十二条　消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。

第十三条　消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。

消费者应当努力掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，正确使用商品，提高自我保护意识。

第十四条 消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

第十五条 消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。

消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。

第三章 经营者的义务

第十六条 经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。

经营者和消费者有约定的，应当按照约定履行义务，但双方的约定不得违背法律、法规的规定。

第十七条 经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。

第十八条 经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。

第十九条 经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。

经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用方法等问

题提出的询问，应当作为真实、明确的答复。

商店提供商品应当明码标价。

第二十条 经营者应当标明其真实名称和标记。

租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。

第二十一条 经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。

第二十二条 经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的除外。

经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

第二十三条 经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。

第二十四条 经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。

格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

第二十五条 经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。

第四章 国家对消费者合法权益的保护

第二十六条 国家制定有关消费者权益的法律、法规和政策时，

应听取消费者的意见和要求。

第二十七条 各级人民政府应当加强领导，组织、协调、督促有关行政部门做好保护消费者合法权益的工作。

各级人民政府应当加强监督，预防危害消费者人身、财产安全行为的发生，及时制止危害消费者人身、财产安全的行为。

第二十八条 各级人民政府工商行政管理部门和其他有关行政部门应当依照法律、法规的规定，在各自的职责范围内，采取措施，保护消费者的合法权益。

有关行政部门应当听取消费者及其社会团体对经营者交易行为、商品和服务质量问题的意见，及时调查处理。

第二十九条 有关国家机关应当依照法律、法规的规定，惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为。

第三十条 人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。对符合《中华人民共和国民事诉讼法》起诉条件的消费者权益争议，必须受理，及时审理。

第五章 消费者组织

第三十一条 消费者协会和其他消费者组织是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会团体。

第三十二条 消费者协会履行下列职能：

（一）向消费者提供消费信息和咨询服务；

（二）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；

（三）就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；

（四）受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；

（五）投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；

（六）就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼；

（七）对损害消费者合法权益的行为，通过大价传播媒介予以揭露、批评。

各级人民政府对消费者协会履行职能应当予以支持。

第三十三条 消费者组织不得从事商品经营和营利性服务，不得以牟利为目的向社会推荐商品和服务。

第六章 争议的解决

第三十四条 消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：

（一）与经营者协商和解；

（二）请求消费者协会调解；

（三）向有关行政部门申诉；

（四）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；

（五）向人民法院提起诉讼。

第三十五条 消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。

第三十六条 消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法

权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

第三十七条 使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

第三十八条 消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

第三十九条 消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告的经营者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告的经营者不得提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。

第七章 法律责任

第四十条 经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：

（一）商品存在缺陷的；

（二）不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；

（三）不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；

（四）不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；

（五）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；

（六）销售的商品数量不足的；

（七）服务的内容和费用违反约定的；

（八）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；

（九）法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。

第四十一条 经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四十二条 经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四十三条 经营者违反本法第二十五条规定，侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

第四十四条 经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。

第四十五条 对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换或者退货。在保修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或者退货。

对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。

第四十六条 经营者以邮购方式提供商品的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回货款；并应当承担消费者必须支付的合理费用。

第四十七条 经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款；并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用。

第四十八条 依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

第四十九条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。



第五十条 经营者有下列情形之一，《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款，没有违法所得的处以一万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照：

（一）生产、销售的商品不符合保障人身、财产安全要求的；

（二）在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的；

（三）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；

（四）伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的；

（五）销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的；

（六）对商品或者服务作引人误解的虚假宣传的；

（七）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；

（八）侵害消费者人格尊严或者侵犯消费者人身自由的；

（九）法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。

第五十一条 经营者对行政处罚决定不服的，可以自收到处罚决定之日起十五日内向上一级机关申请复议，对复议决定不服的，可以自收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

第五十二条 以暴力、威胁等方法阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务的，依法追究刑事责任；拒绝、阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》的规定处罚。

第五十三条 国家机关工作人员玩忽职守或者包庇经营者侵害消费者合法权益的行为的，由其所在单位或者上级机关给予行政处分；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第八章 附 则

第五十四条 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行。

第五十五条 本法自 1994 年 1 月 1 日起施行。

中华人民共和国价格法

第一章 总 则

第一条 为了规范价格行为，发挥价格合理配置资源的作用，稳定市场价格总水平，保护消费者和经营者的合法权益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。

第二条 在中华人民共和国境内发生的价格行为，适用本法。

本法所称价格包括商品价格和服务价格。

商品价格是指各类有形产品和无形资产的价格。

服务价格是指各类有偿服务的收费。

第三条 国家实行并逐步完善宏观经济调控下主要由市场形成价格的机制。价格的制定应当符合价值规律，大多数商品和服务价格实行市场调节价，极少数商品和服务价格实行政府指导价或者政府定价。

市场调节价，是指由经营者自主制定，通过市场竞争形成的价格。

本法所称经营者是指从事生产、经营商品或者提供有偿服务的法人、其他组织和个人。

政府指导价，是指依照本法规定，由政府价格主管部门或者其他有关部门，按照定价权限和范围规定基准价及其浮动幅度，指导经营者制定的价格。

政府定价，是指依照本法规定，由政府价格主管部门或者其他有关部门，按照定价权限和范围制定的价格。

第四条 国家支持和促进公平、公开、合法的市场竞争，维护正常的价格秩序，对价格活动实行管理、监督和必要的调控。

第五条 国务院价格主管部门统一负责全国的价格工作。国务院其他有关部门在各自的职责范围内，负责有关的价格工作。

县级以上地方各级人民政府价格主管部门负责本行政区域内的价格工作。县级以上地方各级人民政府其他有关部门在各自的职责范围内，负责有关的价格工作。

第二章 经营者的价格行为

第六条 商品价格和服务价格，除依照本法第十八条规定适用政府指导价或者政府定价外，实行市场调节价，由经营者依照本法自主制定。

第七条 经营者定价，应当遵循公平、合法和诚实信用的原则。

第八条 经营者定价的基本依据是生产经营成本和市场供求状况。

第九条 经营者应当努力改进生产经营管理，降低生产经营成本，为消费者提供价格合理的商品和服务，并在市场竞争中获取合法利润。

第十条 经营者应当根据其经营条件建立、健全内部价格管理制度，准确记录与核定商品和服务的生产经营成本，不得弄虚作假。

第十一条 经营者进行价格活动，享有下列权利：

（一）自主制定属于市场调节的价格；

（二）在政府指导价规定的幅度内制定价格；

（三）制定属于政府指导价、政府定价产品范围内的新产品的试销价格，特定产品除外；

（四）检举、控告侵犯其依法自主定价权利的行为。

第十二条 经营者进行价格活动，应当遵守法律、法规，执行依

法制定的政府指导价、政府定价和法定的价格干预措施、紧急措施。

第十三条 经营者销售、收购商品和提供服务，应当按照政府价格主管部门的规定明码标价，注明商品的品名、产地、规格、等级、计价单位、价格或者服务的项目、收费标准等有关情况。

经营者不得在标价之外加价出售商品，不得收取任何未予标明的费用。

第十四条 经营者不得有下列不正当价格行为：

（一）相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益；

（二）在依法降价处理鲜活商品、季节性商品、积压商品等商品外，为了排挤竞争对手或者独占市场，以低于成本的价格倾销，扰乱正常的生产经营秩序，损害国家利益或者其他经营者的合法权益；

（三）捏造、散布涨价信息，哄抬价格，推动商品价格过高上涨的；

（四）利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易；

（五）提供相同商品或者服务，对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视；

（六）采取抬高等级或者压低等级等手段收购、销售商品或者提供服务，变相提高或者压低价格；

（七）违反法律、法规的规定牟取暴利；

（八）法律、行政法规禁止的其他不正当价格行为。

第十五条 各类中介机构提供有偿服务收取费用，应当遵守本法的规定。法律另有规定的，按照有关规定执行。

第十六条 经营者销售进口商品、收购出口商品，应当遵守本章的有关规定，维护国内市场秩序。

第十七条 行业组织应当遵守价格法律、法规，加强价格自律，

接受政府价格主管部门的工作指导。

第三章　政府的定价行为

第十八条　下列商品和服务价格，政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价：

（一）与国民经济发展和人民生活关系重大的极少数商品价格；

（二）资源稀缺的少数商品价格；

（三）自然垄断经营的商品价格；

（四）重要的公用事业价格；

（五）重要的公益性服务价格。

第十九条　政府指导价、政府定价的定价权限和具体适用范围，以中央的和地方的定价目录为依据。

中央定价目录由国务院价格主管部门制定、修订，报国务院批准后公布。

地方定价目录由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门按照中央定价目录规定的定价权限和具体适用范围制定，经本级人民政府审核同意，报国务院价格主管部门审定后公布。

省、自治区、直辖市人民政府以下各级地方人民政府不得制定定价目录。

第二十条　国务院价格主管部门和其他有关部门，按照中央定价目录规定的定价权限和具体适用范围制定政府指导价、政府定价；其中重要的商品和服务价格的政府指导价、政府定价，应当按照规定经国务院批准。

省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门和其他有关部门，应当按照地方定价目录规定的定价权限和具体适用范围制定在本地区执行的政府指导价、政府定价。

市、县人民政府可以根据省、自治区、直辖市人民政府的授权，

按照地方定价目录规定的定价权限和具体适用范围制定在本地区执行的政府指导价、政府定价。

第二十一条 制定政府指导价、政府定价，应当依据有关商品或者服务的社会平均成本和市场供求状况、国民经济与社会发展要求以及社会承受能力，实行合理的购销差价、批零差价、地区差价和季节差价。

第二十二条 政府价格主管部门和其他有关部门制定政府指导价、政府定价，应当开展价格、成本调查，听取消费者、经营者和有关方面的意见。

政府价格主管部门开展对政府指导价、政府定价的价格、成本调查时，有关单位应当如实反映情况，提供必需的帐簿、文件以及其他资料。

第二十三条 制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应当建立听证会制度，由政府价格主管部门主持，征求消费者、经营者和有关方面的意见，论证其必要性、可行性。

第二十四条 政府指导价、政府定价制定后，由制定价格的部门向消费者、经营者公布。

第二十五条 政府指导价、政府定价的具体适用范围、价格水平，应当根据经济运行情况，按照规定的定价权限和程序适时调整。

消费者、经营者可以对政府指导价、政府定价提出调整建议。

第四章　价格总水平调控

第二十六条 稳定市场价格总水平是国家重要的宏观经济政策目标。国家根据国民经济发展的需要和社会承受能力，确定市场价格总水平调控目标，列入国民经济和社会发展计划，并综合运用货币、财政、投资、进出口等方面的政策和措施，予以实现。

第二十七条 政府可以建立重要商品储备制度，设立价格调节基金，调控价格，稳定市场。

第二十八条 为适应价格调控和管理的需要，政府价格主管部门应当建立价格监测制度，对重要商品、服务价格的变动进行监测。

第二十九条 政府在粮食等重要农产品的市场购买价格过低时，可以在收购中实行保护价格，并采取相应的经济措施保证其实现。

第三十条 当重要商品和服务价格显著上涨或者有可能显著上涨，国务院和省、自治区、直辖市人民政府可以对部分价格采取限定差价率或者利润率、规定限价、实行提价申报制度和调价备案制度等干预措施。

省、自治区、直辖市人民政府采取前款规定的干预措施，应当报国务院备案。

第三十一条 当市场价格总水平出现剧烈波动等异常状态时，国务院可以在全国范围内或者部分区域内采取临时集中定价权限、部分或者全面冻结价格的紧急措施。

第三十二条 依照本法第三十条、第三十一条的规定实行干预措施、紧急措施的情形消除后，应当及时解除干预措施、紧急措施。

第五章 价格监督检查

第三十三条 县级以上各级人民政府价格主管部门，依法对价格活动进行监督检查，并依照本法的规定对价格违法行为实施行政处罚。

第三十四条 政府价格主管部门进行价格监督检查时，可以行使下列职权：

（一）询问当事人或者有关人员，并要求其提供证明材料和与价格违法行为有关的其他资料；

（二）查询、复制与价格违法行为有关的帐簿、单据、凭证、文

件及其他资料，核对与价格违法行为有关的银行资料；

（三）检查与价格违法行为有关的财物，必要时可以责令当事人暂停相关营业；

（四）在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，可以依法先行登记保存，当事人或者有关人员不得转移、隐匿或者销毁。

第三十五条 经营者接受政府价格主管部门的监督检查时，应当如实提供价格监督检查所必需的帐簿、单据、凭证、文件以及其他资料。

第三十六条 政府部门价格工作人员不得将依法取得的资料或者了解的情况用于依法进行价格管理以外的任何其他目的，不得泄露当事人的商业秘密。

第三十七条 消费者组织、职工价格监督组织、居民委员会、村民委员会等组织以及消费者，有权对价格行为进行社会监督。政府价格主管部门应当充分发挥群众的价格监督作用。

新闻单位有权进行价格舆论监督。

第三十八条 政府价格主管部门应当建立对价格违法行为的举报制度。

任何单位和个人均有权对价格违法行为进行举报。政府价格主管部门应当对举报者给予鼓励，并负责为举报者保密。

第六章 法律责任

第三十九条 经营者不执行政府指导价、政府定价以及法定的价格干预措施、紧急措施的，责令改正，没收违法所得，可以并处违法所得五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处以罚款；情节严重的，责令停业整顿。

第四十条 经营者有本法第十四条所列行为之一的，责令改正，没收违法所得，可以并处违法所得五倍以下的罚款；没有违法所得

的，予以警告，可以并处罚款；情节严重的，责令停业整顿，或者由工商行政管理机关吊销营业执照。有关法律对本法第十四条所列行为的处罚及处罚机关另有规定的，可以依照有关法律的规定执行。

有本法第十四条第（一）项、第（二）项所列行为，属于是全国性的，由国务院价格主管部门认定；属于是省及省以下区域性的，由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门认定。

第四十一条 经营者因价格违法行为致使消费者或者其他经营者多付价款的，应当退还多付部分；造成损害的，应当依法承担赔偿责任。

第四十二条 经营者违反明码标价规定的，责令改正，没收违法所得，可以并处五千元以下的罚款。

第四十三条 经营者被责令暂停相关营业而不停止的，或者转移、隐匿、销毁依法登记保存的财物的，处相关营业所得或者转移、隐匿、销毁的财物价值一倍以上三倍以下的罚款。

第四十四条 拒绝按照规定提供监督检查所需资料或者提供虚假资料的，责令改正，予以警告；逾期不改正的，可以处以罚款。

第四十五条 地方各级人民政府或者各级人民政府有关部门违反本法规定，超越定价权限和范围擅自制定、调整价格或者不执行法定的价格干预措施、紧急措施的，责令改正，并可以通报批评；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。

第四十六条 价格工作人员泄露国家秘密、商业秘密以及滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守、索贿受贿，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分。

第七章 附 则

第四十七条 国家行政机关的收费，应当依法进行，严格控制收费项目，限定收费范围、标准。收费的具体管理办法由国务院另行

制定。

利率、汇率、保险费率、证券及期货价格，适用有关法律、行政法规的规定，不适用本法。

第四十八条 本法自1998年5月1日起施行。

中华人民共和国产品质量法

第一章　总　则

第一条　为了加强对产品质量的监督管理，提高产品质量水平，明确产品质量责任，保护消费者的合法权益，维护社会经济秩序，制定本法。

第二条　在中华人民共和国境内从事产品生产、销售活动，必须遵守本法。

本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。

建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。

第三条　生产者、销售者应当建立健全内部产品质量管理制度，严格实施岗位质量规范、质量责任以及相应的考核办法。

第四条　生产者、销售者依照本法规定承担产品质量责任。

第五条　禁止伪造或者冒用认证标志等质量标志；禁止伪造产品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址；禁止在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好。

第六条　国家鼓励推行科学的质量管理方法，采用先进的科学技术，鼓励企业产品质量达到并且超过行业标准、国家标准和国际标准。

对产品质量管理先进和产品质量达到国际先进水平、成绩显著的单位和个人，给予奖励。

第七条　各级人民政府应当把提高产品质量纳入国民经济和社会

发展规划，加强对产品质量工作的统筹规划和组织领导，引导、督促生产者、销售者加强产品质量管理，提高产品质量，组织各有关部门依法采取措施，制止产品生产、销售中违反本法规定的行为，保障本法的施行。

第八条 国务院产品质量监督部门主管全国产品质量监督工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

县级以上地方产品质量监督部门主管本行政区域内的产品质量监督工作。县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

法律对产品质量的监督部门另有规定的，依照有关法律的规定执行。

第九条 各级人民政府工作人员和其他国家机关工作人员不得滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊，包庇、放纵本地区、本系统发生的产品生产、销售中违反本法规定的行为，或者阻挠、干预依法对产品生产、销售中违反本法规定的行为进行查处。

各级地方人民政府和其他国家机关有包庇、放纵产品生产、销售中违反本法规定的行为的，依法追究其主要负责人的法律责任。

第十条 任何单位和个人有权对违反本法规定的行为，向产品质量监督部门或者其他有关部门检举。

产品质量监督部门和有关部门应当为检举人保密，并按照省、自治区、直辖市人民政府的规定给予奖励。

第十一条 任何单位和个人不得排斥非本地区或者非本系统企业生产的质量合格产品进入本地区、本系统。

第二章 产品质量的监督

第十二条 产品质量应当检验合格，不得以不合格产品冒充合格产品。

第十三条 可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准；未制定国家标准、行业标准的，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的要求。

禁止生产、销售不符合保障人体健康和人身、财产安全的标准和要求的工业产品。具体管理办法由国务院规定。

第十四条 国家根据国际通用的质量管理标准，推行企业质量体系认证制度。企业根据自愿原则可以向国务院产品质量监督部门认可的或者国务院产品质量监督部门授权的部门认可的认证机构申请企业质量体系认证。经认证合格的，由认证机构颁发企业质量体系认证证书。国家参照国际先进的产品标准和技术要求，推行产品质量认证制度。企业根据自愿原则可以向国务院产品质量监督部门认可的或者国务院产品质量监督部门授权的部门认可的认证机构申请产品质量认证。经认证合格的，由认证机构颁发产品质量认证证书，准许企业在产品或者其包装上使用产品质量认证标志。

第十五条 国家对产品质量实行以抽查为主要方式的监督检查制度，对可能危及人体健康和人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品进行抽查。抽查的样品应当在市场上或者企业成品仓库内的待销产品中随机抽取。监督抽查工作由国务院产品质量监督部门规划和组织。县级以上地方产品质量监督部门在本行政区域内也可以组织监督抽查。法律对产品质量的监督检查另有规定的，依照有关法律的规定执行。国家监督抽查的产品，地方不得另行重复抽查；上级监督抽查的产品，下级不得另行重复抽查。

根据监督抽查的需要，可以对产品进行检验。检验抽取样品的数量不得超过检验的合理需要，并不得向被检查人收取检验费用。监督抽查所需检验费用按照国务院规定列支。生产者、销售者对抽查检验

的结果有异议的，可以自收到检验结果之日起十五日内向实施监督抽查的产品质量监督部门或者其上级产品质量监督部门申请复检，由受理复检的产品质量监督部门作出复检结论。

第十六条 对依法进行的产品质量监督检查，生产者、销售者不得拒绝。

第十七条 依照本法规定进行监督抽查的产品质量不合格的，由实施监督抽查的产品质量监督部门责令其生产者、销售者限期改正。逾期不改正的，由省级以上人民政府产品质量监督部门予以公告；公告后经复查仍不合格的，责令停业，限期整顿；整顿期满后经复查产品质量仍不合格的，吊销营业执照。监督抽查的产品有严重质量问题的，依照本法第五章的有关规定处罚。

第十八条 县级以上产品质量监督部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报，对涉嫌违反本法规定的行为进行查处时，可以行使下列职权：

（一）对当事人涉嫌从事违反本法的生产、销售活动的场所实施现场检查；

（二）向当事人的法定代表人、主要负责人和其他有关人员调查、了解与涉嫌从事违反本法的生产、销售活动有关的情况；

（三）查阅、复制当事人有关的合同、发票、帐簿以及其他有关资料；

（四）对有根据认为不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品或者有其他严重质量问题的产品，以及直接用于生产、销售该项产品的原辅材料、包装物、生产工具，予以查封或者扣押。

县级以上工商行政管理部门按照国务院规定的职责范围，对涉嫌违反本法规定的行为进行查处时，可以行使前款规定的职权。

第十九条 产品质量检验机构必须具备相应的检测条件和能力，

经省级以上人民政府产品质量监督部门或者其授权的部门考核合格后，方可承担产品质量检验工作。法律、行政法规对产品质量检验机构另有规定的，依照有关法律、行政法规的规定执行。

第二十条 从事产品质量检验、认证的社会中介机构必须依法设立，不得与行政机关和其他国家机关存在隶属关系或者其他利益关系。

第二十一条 产品质量检验机构、认证机构必须依法按照有关标准，客观、公正地出具检验结果或者认证证明。

产品质量认证机构应当依照国家规定对准许使用认证标志的产品进行认证后的跟踪检查；对不符合认证标准而使用认证标志的，要求其改正；情节严重的，取消其使用认证标志的资格。

第二十二条 消费者有权就产品质量问题，向产品的生产者、销售者查询；向产品质量监督部门、工商行政管理部门及有关部门申诉，接受申诉的部门应当负责处理。

第二十三条 保护消费者权益的社会组织可以就消费者反映的产品质量问题建议有关部门负责处理，支持消费者对因产品质量造成的损害向人民法院起诉。

第二十四条 国务院和省、自治区、直辖市人民政府的产品质量监督部门应当定期发布其监督抽查的产品的质量状况公告。

第二十五条 产品质量监督部门或者其他国家机关以及产品质量检验机构不得向社会推荐生产者的产品；不得以对产品进行监制、监销等方式参与产品经营活动。

第三章 生产者、销售者的产品质量责任和义务

第一节 生产者的产品质量责任和义务

第二十六条 生产者应当对其生产的产品质量负责。

产品质量应当符合下列要求：

（一）不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；

（二）具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；

（三）符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。

第二十七条 产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：

（一）有产品质量检验合格证明；

（二）有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；

（三）根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；（四）限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；

（五）使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。

裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。

第二十八条 易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。

第二十九条 生产者不得生产国家明令淘汰的产品。

第三十条 生产者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

第三十一条 生产者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。

第三十二条 生产者生产产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。

第二节 销售者的产品质量责任和义务

第三十三条 销售者应当建立并执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识。

第三十四条 销售者应当采取措施，保持销售产品的质量。

第三十五条 销售者不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品。

第三十六条 销售者销售的产品的标识应当符合本法第二十七条的规定。

第三十七条 销售者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

第三十八条 销售者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。

第三十九条 销售者销售产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。

第四章 损害赔偿

第四十条 售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：(一) 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；

(二) 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；

(三) 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者（以下简称供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。

销售者未按照第一款规定给予修理、更换、退货或者赔偿损失的，由产品质量监督部门或者工商行政管理部门责令改正。

生产者之间，销售者之间，生产者与销售者之间订立的买卖合同、承揽合同有不同约定的，合同当事人按照合同约定执行。第四十一条 因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。

生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：

（一）未将产品投入流通的；

（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；

（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

第四十二条 由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。

第四十三条 因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品的销售者赔偿的，产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任，产品的生产者赔偿的，产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

第四十四条 因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用；造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；造成受害人死亡的，并应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。因产品存在缺陷造成受害人财产损失的，侵害人应当恢复原状或者折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失。

第四十五条 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间

为二年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满十年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

第四十六条 本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

第四十七条 因产品质量发生民事纠纷时，当事人可以通过协商或者调解解决。当事人不愿通过协商、调解解决或者协商、调解不成的，可以根据当事人各方的协议向仲裁机构申请仲裁；当事人各方没有达成仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以直接向人民法院起诉。

第四十八条 仲裁机构或者人民法院可以委托本法第十九条规定的产品质量检验机构，对有关产品质量进行检验。

第五章 罚 则

第四十九条 生产、销售不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品（包括已售出和未售出的产品，下同）货值金额等值以上三倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十条 在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十一条 生产国家明令淘汰的产品的，销售国家明令淘汰并

机构、认证机构出具的检验结果或者证明不实，造成损失的，应当承担相应的赔偿责任；造成重大损失的，撤销其检验资格、认证资格。

产品质量认证机构违反本法第二十一条第二款的规定，对不符合认证标准而使用认证标志的产品，未依法要求其改正或者取消其使用认证标志资格的，对因产品不符合认证标准给消费者造成的损失，与产品的生产者、销售者承担连带责任；情节严重的，撤销其认证资格。

第五十八条 社会团体、社会中介机构对产品质量作出承诺、保证，而该产品又不符合其承诺、保证的质量要求，给消费者造成损失的，与产品的生产者、销售者承担连带责任。

第五十九条 在广告中对产品质量作虚假宣传，欺骗和误导消费者的，依照《中华人民共和国广告法》的规定追究法律责任。

第六十条 对生产者专门用于生产本法第四十九条、第五十一条所列的产品或者以假充真的产品的原辅材料、包装物、生产工具，应当予以没收。

第六十一条 知道或者应当知道属于本法规定禁止生产、销售的产品而为其提供运输、保管、仓储等便利条件的，或者为以假充真的产品提供制假生产技术的，没收全部运输、保管、仓储或者提供制假生产技术的收入，并处违法收入百分之五十以上三倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。第六十二条 服务业的经营者将本法第四十九条至第五十二条规定禁止销售的产品用于经营性服务的，责令停止使用；对知道或者应当知道所使用的产品属于本法规定禁止销售的产品的，按照违法使用的产品（包括已使用和尚未使用的产品）的货值金额，依照本法对销售者的处罚规定处罚。

第六十三条 隐匿、转移、变卖、损毁被产品质量监督部门或者工商行政管理部门查封、扣押的物品的，处被隐匿、转移、变卖、损毁物品货值金额等值以上三倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收

违法所得。第六十四条 违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。

第六十五条 各级人民政府工作人员和其他国家机关工作人员有下列情形之一的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）包庇、放纵产品生产、销售中违反本法规定行为的；

（二）向从事违反本法规定的生产、销售活动的当事人通风报信，帮助其逃避查处的；

（三）阻挠、干预产品质量监督部门或者工商行政管理部门依法对产品生产、销售中违反本法规定的行为进行查处，造成严重后果的。



第六十六条 产品质量监督部门在产品质量监督抽查中超过规定的数量索取样品或者向被检查人收取检验费用的，由上级产品质量监督部门或者监察机关责令退还；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。

第六十七条 产品质量监督部门或者其他国家机关违反本法第二十五条的规定，向社会推荐生产者的产品或者以监制、监销等方式参与产品经营活动的，由其上级机关或者监察机关责令改正，消除影响，有违法收入的予以没收；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。

产品质量检验机构有前款所列违法行为的，由产品质量监督部门责令改正，消除影响，有违法收入的予以没收，可以并处违法收入一倍以下的罚款；情节严重的，撤销其质量检验资格。第六十八条 产品质量监督部门或者工商行政管理部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第六十九条 以暴力、威胁方法阻碍产品质量监督部门或者工商

行政管理部门的工作人员依法执行职务的，依法追究刑事责任；拒绝、阻碍未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照治安管理处罚条例的规定处罚。

第七十条 本法规定的吊销营业执照的行政处罚由工商行政管理部门决定，本法第四十九条至第五十七条、第六十条至第六十三条规定的行政处罚由产品质量监督部门或者工商行政管理部门按照国务院规定的职权范围决定。法律、行政法规对行使行政处罚权的机关另有规定的，依照有关法律、行政法规的规定执行。

第七十一条 对依照本法规定没收的产品，依照国家有关规定进行销毁或者采取其他方式处理。

第七十二条 本法第四十九条至第五十四条、第六十二条、第六十三条所规定的货值金额以违法生产、销售产品的标价计算；没有标价的，按照同类产品的市场价格计算。

第六章 附 则

第七十三条 军工产品质量监督管理办法，由国务院、中央军事委员会另行制定。

因核设施、核产品造成损害的赔偿责任，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第七十四条 本法自1993年9月1日起施行。

中华人民共和国食品安全法

第一章　总　则

第一条　为保证食品安全，保障公众身体健康和生命安全，制定本法。

第二条　在中华人民共和国境内从事下列活动，应当遵守本法：

（一）食品生产和加工（以下称食品生产），食品流通和餐饮服务（以下称食品经营）；

（二）食品添加剂的生产经营；

（三）用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备（以下称食品相关产品）的生产经营；

（四）食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品；

（五）对食品、食品添加剂和食品相关产品的安全管理。

供食用的源于农业的初级产品（以下称食用农产品）的质量安全管理，遵守《中华人民共和国农产品质量安全法》的规定。但是，制定有关食用农产品的质量安全标准、公布食用农产品安全有关信息，应当遵守本法的有关规定。

第三条　食品生产经营者应当依照法律、法规和食品安全标准从事生产经营活动，对社会和公众负责，保证食品安全，接受社会监督，承担社会责任。

第四条　国务院设立食品安全委员会，其工作职责由国务院规定。

国务院卫生行政部门承担食品安全综合协调职责，负责食品安全



风险评估、食品安全标准制定、食品安全信息公布、食品检验机构的资质认定条件和检验规范的制定，组织查处食品安全重大事故。

国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门依照本法和国务院规定的职责，分别对食品生产、食品流通、餐饮服务活动实施监督管理。

第五条 县级以上地方人民政府统一负责、领导、组织、协调本行政区域的食品安全监督管理工作，建立健全食品安全全程监督管理的工作机制；统一领导、指挥食品安全突发事件应对工作；完善、落实食品安全监督管理责任制，对食品安全监督管理部门进行评议、考核。

县级以上地方人民政府依照本法和国务院的规定确定本级卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门的食品安全监督管理职责。有关部门在各自职责范围内负责本行政区域的食品安全监督管理工作。

上级人民政府所属部门在下级行政区域设置的机构应当在所在地人民政府的统一组织、协调下，依法做好食品安全监督管理工作。

第六条 县级以上卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当加强沟通、密切配合，按照各自职责分工，依法行使职权，承担责任。

第七条 食品行业协会应当加强行业自律，引导食品生产经营者依法生产经营，推动行业诚信建设，宣传、普及食品安全知识。

第八条 国家鼓励社会团体、基层群众性自治组织开展食品安全法律、法规以及食品安全标准和知识的普及工作，倡导健康的饮食方式，增强消费者食品安全意识和自我保护能力。

新闻媒体应当开展食品安全法律、法规以及食品安全标准和知识的公益宣传，并对违反本法的行为进行舆论监督。

第九条 国家鼓励和支持开展与食品安全有关的基础研究和应用

研究，鼓励和支持食品生产经营者为提高食品安全水平采用先进技术和先进管理规范。

第十条 任何组织或者个人有权举报食品生产经营中违反本法的行为，有权向有关部门了解食品安全信息，对食品安全监督管理工作提出意见和建议。

第二章 食品安全风险监测和评估

第十一条 国家建立食品安全风险监测制度，对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。

国务院卫生行政部门会同国务院有关部门制定、实施国家食品安全风险监测计划。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家食品安全风险监测计划，结合本行政区域的具体情况，组织制定、实施本行政区域的食品安全风险监测方案。

第十二条 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门获知有关食品安全风险信息后，应当立即向国务院卫生行政部门通报。国务院卫生行政部门会同有关部门对信息核实后，应当及时调整食品安全风险监测计划。

第十三条 国家建立食品安全风险评估制度，对食品、食品添加剂中生物性、化学性和物理性危害进行风险评估。

国务院卫生行政部门负责组织食品安全风险评估工作，成立由医学、农业、食品、营养等方面的专家组成的食品安全风险评估专家委员会进行食品安全风险评估。

对农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等的安全性评估，应当有食品安全风险评估专家委员会的专家参加。

食品安全风险评估应当运用科学方法，根据食品安全风险监测信息、科学数据以及其他有关信息进行。

第十四条 国务院卫生行政部门通过食品安全风险监测或者接到

举报发现食品可能存在安全隐患的，应当立即组织进行检验和食品安全风险评估。

第十五条 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门应当向国务院卫生行政部门提出食品安全风险评估的建议，并提供有关信息和资料。

国务院卫生行政部门应当及时向国务院有关部门通报食品安全风险评估的结果。

第十六条 食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。

食品安全风险评估结果得出食品不安全结论的，国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门应当依据各自职责立即采取相应措施，确保该食品停止生产经营，并告知消费者停止食用；需要制定、修订相关食品安全国家标准的，国务院卫生行政部门应当立即制定、修订。

第十七条 国务院卫生行政部门应当会同国务院有关部门，根据食品安全风险评估结果、食品安全监督管理信息，对食品安全状况进行综合分析。对经综合分析表明可能具有较高程度安全风险的食品，国务院卫生行政部门应当及时提出食品安全风险警示，并予以公布。

第三章 食品安全标准

第十八条 制定食品安全标准，应当以保障公众身体健康为宗旨，做到科学合理、安全可靠。

第十九条 食品安全标准是强制执行的标准。除食品安全标准外，不得制定其他的食品强制性标准。

第二十条 食品安全标准应当包括下列内容：

（一）食品、食品相关产品中的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康物质的限量规定；

（二）食品添加剂的品种、使用范围、用量；

（三）专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品的营养成分要求；

（四）对与食品安全、营养有关的标签、标识、说明书的要求；

（五）食品生产经营过程的卫生要求；

（六）与食品安全有关的质量要求；

（七）食品检验方法与规程；

（八）其他需要制定为食品安全标准的内容。

第二十一条 食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布，国务院标准化行政部门提供国家标准编号。

食品中农药残留、兽药残留的限量规定及其检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定。

屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。

有关产品国家标准涉及食品安全国家标准规定内容的，应当与食品安全国家标准相一致。

第二十二条 国务院卫生行政部门应当对现行的食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准中强制执行的标准予以整合，统一公布为食品安全国家标准。

本法规定的食品安全国家标准公布前，食品生产经营者应当按照现行食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准生产经营食品。

第二十三条 食品安全国家标准应当经食品安全国家标准审评委员会审查通过。食品安全国家标准审评委员会由医学、农业、食品、营养等方面的专家以及国务院有关部门的代表组成。

制定食品安全国家标准，应当依据食品安全风险评估结果并充分考虑食用农产品质量安全风险评估结果，参照相关的国际标准和国际食品安全风险评估结果，并广泛听取食品生产经营者和消费者的

意见。

第二十四条 没有食品安全国家标准的，可以制定食品安全地方标准。

省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门组织制定食品安全地方标准，应当参照执行本法有关食品安全国家标准制定的规定，并报国务院卫生行政部门备案。

第二十五条 企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的，应当制定企业标准，作为组织生产的依据。国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案，在本企业内部适用。

第二十六条 食品安全标准应当供公众免费查阅。

第四章 食品生产经营

第二十七条 食品生产经营应当符合食品安全标准，并符合下列要求：

（一）具有与生产经营的食品品种、数量相适应的食品原料处理和食品加工、包装、贮存等场所，保持该场所环境整洁，并与有毒、有害场所以及其他污染源保持规定的距离；

（二）具有与生产经营的食品品种、数量相适应的生产经营设备或者设施，有相应的消毒、更衣、盥洗、采光、照明、通风、防腐、防尘、防蝇、防鼠、防虫、洗涤以及处理废水、存放垃圾和废弃物的设备或者设施；

（三）有食品安全专业技术人员、管理人员和保证食品安全的规章制度；

（四）具有合理的设备布局和工艺流程，防止待加工食品与直接入口食品、原料与成品交叉污染，避免食品接触有毒物、不洁物；

（五）餐具、饮具和盛放直接入口食品的容器，使用前应当洗

净、消毒，炊具、用具用后应当洗净，保持清洁；

（六）贮存、运输和装卸食品的容器、工具和设备应当安全、无害，保持清洁，防止食品污染，并符合保证食品安全所需的温度等特殊要求，不得将食品与有毒、有害物品一同运输；

（七）直接入口的食品应当有小包装或者使用无毒、清洁的包装材料、餐具；

（八）食品生产经营人员应当保持个人卫生，生产经营食品时，应当将手洗净，穿戴清洁的工作衣、帽；销售无包装的直接入口食品时，应当使用无毒、清洁的售货工具；

（九）用水应当符合国家规定的生活饮用水卫生标准；

（十）使用的洗涤剂、消毒剂应当对人体安全、无害；

（十一）法律、法规规定的其他要求。

第二十八条 禁止生产经营下列食品：

（一）用非食品原料生产的食品或者添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康物质的食品，或者用回收食品作为原料生产的食品；

（二）致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品；

（三）营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品；

（四）腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品；

（五）病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品；

（六）未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类，或者未经检验或者检验不合格的肉类制品；

（七）被包装材料、容器、运输工具等污染的食品；

（八）超过保质期的食品；

（九）无标签的预包装食品；

（十）国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品；

（十一）其他不符合食品安全标准或者要求的食品。

第二十九条 国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品流通、餐饮服务，应当依法取得食品生产许可、食品流通许可、餐饮服务许可。

取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品，不需要取得食品流通的许可；取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品，不需要取得食品生产和流通的许可；农民个人销售其自产的食用农产品，不需要取得食品流通的许可。

食品生产加工小作坊和食品摊贩从事食品生产经营活动，应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求，保证所生产经营的食品卫生、无毒、无害，有关部门应当对其加强监督管理，具体管理办法由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会依照本法制定。

第三十条 县级以上地方人民政府鼓励食品生产加工小作坊改进生产条件；鼓励食品摊贩进入集中交易市场、店铺等固定场所经营。

第三十一条 县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当依照《中华人民共和国行政许可法》的规定，审核申请人提交的本法第二十七条第一项至第四项规定要求的相关资料，必要时对申请人的生产经营场所进行现场核查；对符合规定条件的，决定准予许可；对不符合规定条件的，决定不予许可并书面说明理由。

第三十二条 食品生产经营企业应当建立健全本单位的食品安全管理制度，加强对职工食品安全知识的培训，配备专职或者兼职食品安全管理人员，做好对所生产经营食品的检验工作，依法从事食品生

产经营活动。

第三十三条 国家鼓励食品生产经营企业符合良好生产规范要求，实施危害分析与关键控制点体系，提高食品安全管理水平。

对通过良好生产规范、危害分析与关键控制点体系认证的食品生产经营企业，认证机构应当依法实施跟踪调查；对不再符合认证要求的企业，应当依法撤销认证，及时向有关质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门通报，并向社会公布。认证机构实施跟踪调查不收取任何费用。

第三十四条 食品生产经营者应当建立并执行从业人员健康管理制度。患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎等消化道传染病的人员，以及患有活动性肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病等有碍食品安全的疾病的人员，不得从事接触直接入口食品的工作。

食品生产经营人员每年应当进行健康检查，取得健康证明后方可参加工作。

第三十五条 食用农产品生产者应当依照食品安全标准和国家有关规定使用农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等农业投入品。食用农产品的生产企业和农民专业合作经济组织应当建立食用农产品生产记录制度。

县级以上农业行政部门应当加强对农业投入品使用的管理和指导，建立健全农业投入品的安全使用制度。

第三十六条 食品生产者采购食品原料、食品添加剂、食品相关产品，应当查验供货者的许可证和产品合格证明文件；对无法提供合格证明文件的食品原料，应当依照食品安全标准进行检验；不得采购或者使用不符合食品安全标准的食品原料、食品添加剂、食品相关产品。

食品生产企业应当建立食品原料、食品添加剂、食品相关产品进货查验记录制度，如实记录食品原料、食品添加剂、食品相关产品的

名称、规格、数量、供货者名称及联系方式、进货日期等内容。

食品原料、食品添加剂、食品相关产品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

第三十七条 食品生产企业应当建立食品出厂检验记录制度，查验出厂食品的检验合格证和安全状况，并如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期、生产批号、检验合格证号、购货者名称及联系方式、销售日期等内容。

食品出厂检验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

第三十八条 食品、食品添加剂和食品相关产品的生产者，应当依照食品安全标准对所生产的食品、食品添加剂和食品相关产品进行检验，检验合格后方可出厂或者销售。

第三十九条 食品经营者采购食品，应当查验供货者的许可证和食品合格的证明文件。

食品经营企业应当建立食品进货查验记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产批号、保质期、供货者名称及联系方式、进货日期等内容。

食品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

实行统一配送经营方式的食品经营企业，可以由企业总部统一查验供货者的许可证和食品合格的证明文件，进行食品进货查验记录。

第四十条 食品经营者应当按照保证食品安全的要求贮存食品，定期检查库存食品，及时清理变质或者超过保质期的食品。

第四十一条 食品经营者贮存散装食品，应当在贮存位置标明食品的名称、生产日期、保质期、生产者名称及联系方式等内容。

食品经营者销售散装食品，应当在散装食品的容器、外包装上标明食品的名称、生产日期、保质期、生产经营者名称及联系方式等内容。

第四十二条 预包装食品的包装上应当有标签。标签应当标明下

列事项：

（一）名称、规格、净含量、生产日期；

（二）成分或者配料表；

（三）生产者的名称、地址、联系方式；

（四）保质期；

（五）产品标准代号；

（六）贮存条件；

（七）所使用的食品添加剂在国家标准中的通用名称；

（八）生产许可证编号；

（九）法律、法规或者食品安全标准规定必须标明的其他事项。

专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品，其标签还应当标明主要营养成分及其含量。

第四十三条 国家对食品添加剂的生产实行许可制度。申请食品添加剂生产许可的条件、程序，按照国家有关工业产品生产许可证管理的规定执行。

第四十四条 申请利用新的食品原料从事食品生产或者从事食品添加剂新品种、食品相关产品新品种生产活动的单位或者个人，应当向国务院卫生行政部门提交相关产品的安全性评估材料。国务院卫生行政部门应当自收到申请之日起六十日内组织对相关产品的安全性评估材料进行审查；对符合食品安全要求的，依法决定准予许可并予以公布；对不符合食品安全要求的，决定不予许可并书面说明理由。

第四十五条 食品添加剂应当在技术上确有必要且经过风险评估证明安全可靠，方可列入允许使用的范围。国务院卫生行政部门应当根据技术必要性和食品安全风险评估结果，及时对食品添加剂的品种、使用范围、用量的标准进行修订。

第四十六条 食品生产者应当依照食品安全标准关于食品添加剂的品种、使用范围、用量的规定使用食品添加剂；不得在食品生产中

使用食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质。

第四十七条 食品添加剂应当有标签、说明书和包装。标签、说明书应当载明本法第四十二条第一款第一项至第六项、第八项、第九项规定的事项，以及食品添加剂的使用范围、用量、使用方法，并在标签上载明“食品添加剂”字样。

第四十八条 食品和食品添加剂的标签、说明书，不得含有虚假、夸大的内容，不得涉及疾病预防、治疗功能。生产者对标签、说明书上所载明的内容负责。

食品和食品添加剂的标签、说明书应当清楚、明显，容易辨识。

食品和食品添加剂与其标签、说明书所载明的内容不符的，不得上市销售。

第四十九条 食品经营者应当按照食品标签标示的警示标志、警示说明或者注意事项的要求，销售预包装食品。

第五十条 生产经营的食品中不得添加药品，但是可以添加按照传统既是食品又是中药材的物质。按照传统既是食品又是中药材的物质的目录由国务院卫生行政部门制定、公布。

第五十一条 国家对声称具有特定保健功能的食品实行严格监管。有关监督管理部门应当依法履职，承担责任。具体管理办法由国务院规定。

声称具有特定保健功能的食品不得对人体产生急性、亚急性或者慢性危害，其标签、说明书不得涉及疾病预防、治疗功能，内容必须真实，应当载明适宜人群、不适宜人群、功效成分或者标志性成分及其含量等；产品的功能和成分必须与标签、说明书相一致。

第五十二条 集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者，应当审查入场食品经营者的许可证，明确入场食品经营者的食品安全管理责任，定期对入场食品经营者的经营环境和条件进行检查，发现食品经营者有违反本法规定的行为的，应当及时制止并立即报告

所在地县级工商行政管理部门或者食品药品监督管理部门。

集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者未履行前款规定义务，本市场发生食品安全事故的，应当承担连带责任。

第五十三条 国家建立食品召回制度。食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准，应当立即停止生产，召回已经上市销售的食品，通知相关生产经营者和消费者，并记录召回和通知情况。

食品经营者发现其经营的食品不符合食品安全标准，应当立即停止经营，通知相关生产经营者和消费者，并记录停止经营和通知情况。食品生产者认为应当召回的，应当立即召回。

食品生产者应当对召回的食品采取补救、无害化处理、销毁等措施，并将食品召回和处理情况向县级以上质量监督部门报告。

食品生产经营者未依照本条规定召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品的，县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门可以责令其召回或者停止经营。

第五十四条 食品广告的内容应当真实合法，不得含有虚假、夸大的内容，不得涉及疾病预防、治疗功能。

食品安全监督管理部门或者承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会不得以广告或者其他形式向消费者推荐食品。

第五十五条 社会团体或者其他组织、个人在虚假广告中向消费者推荐食品，使消费者的合法权益受到损害的，与食品生产经营者承担连带责任。

第五十六条 地方各级人民政府鼓励食品规模化生产和连锁经营、配送。

第五章 食品检验

第五十七条 食品检验机构按照国家有关认证认可的规定取得资质认定后，方可从事食品检验活动。但是，法律另有规定的除外。

食品检验机构的资质认定条件和检验规范，由国务院卫生行政部门规定。

本法施行前经国务院有关主管部门批准设立或者经依法认定的食品检验机构，可以依照本法继续从事食品检验活动。

第五十八条 食品检验由食品检验机构指定的检验人独立进行。

检验人应当依照有关法律、法规的规定，并依照食品安全标准和检验规范对食品进行检验，尊重科学，恪守职业道德，保证出具的检验数据和结论客观、公正，不得出具虚假的检验报告。

第五十九条 食品检验实行食品检验机构与检验人负责制。食品检验报告应当加盖食品检验机构公章，并有检验人的签名或者盖章。食品检验机构和检验人对出具的食品检验报告负责。

第六十条 食品安全监督管理部门对食品不得实施免检。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当对食品进行定期或者不定期的抽样检验。进行抽样检验，应当购买抽取的样品，不收取检验费和其他任何费用。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在执法工作中需要对食品进行检验的，应当委托符合本法规定的食品检验机构进行，并支付相关费用。对检验结论有异议的，可以依法进行复检。

第六十一条 食品生产经营企业可以自行对所生产的食品进行检验，也可以委托符合本法规定的食品检验机构进行检验。

食品行业协会等组织、消费者需要委托食品检验机构对食品进行检验的，应当委托符合本法规定的食品检验机构进行。

第六章 食品进出口

第六十二条 进口的食品、食品添加剂以及食品相关产品应当符合我国食品安全国家标准。

进口的食品应当经出入境检验检疫机构检验合格后，海关凭出入境检验检疫机构签发的通关证明放行。

第六十三条 进口尚无食品安全国家标准的食品，或者首次进口食品添加剂新品种、食品相关产品新品种，进口商应当向国务院卫生行政部门提出申请并提交相关的安全性评估材料。国务院卫生行政部门依照本法第四十四条的规定作出是否准予许可的决定，并及时制定相应的食品安全国家标准。

第六十四条 境外发生的食品安全事件可能对我国境内造成影响，或者在进口食品中发现严重食品安全问题的，国家出入境检验检疫部门应当及时采取风险预警或者控制措施，并向国务院卫生行政、农业行政、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门通报。接到通报的部门应当及时采取相应措施。

第六十五条 向我国境内出口食品的出口商或者代理商应当向国家出入境检验检疫部门备案。向我国境内出口食品的境外食品生产企业应当经国家出入境检验检疫部门注册。

国家出入境检验检疫部门应当定期公布已经备案的出口商、代理商和已经注册的境外食品生产企业名单。

第六十六条 进口的预包装食品应当有中文标签、中文说明书。标签、说明书应当符合本法以及我国其他有关法律、行政法规的规定和食品安全国家标准的要求，载明食品的原产地以及境内代理商的名称、地址、联系方式。预包装食品没有中文标签、中文说明书或者标签、说明书不符合本条规定的，不得进口。

第六十七条 进口商应当建立食品进口和销售记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期、生产或者进口批号、保质期、出口商和购货者名称及联系方式、交货日期等内容。

食品进口和销售记录应当真实，保存期限不得少于二年。

第六十八条 出口的食品由出入境检验检疫机构进行监督、抽

检，海关凭出入境检验检疫机构签发的通关证明放行。

出口食品生产企业和出口食品原料种植、养殖场应当向国家出入境检验检疫部门备案。

第六十九条 国家出入境检验检疫部门应当收集、汇总进出口食品安全信息，并及时通报相关部门、机构和企业。

国家出入境检验检疫部门应当建立进出口食品的进口商、出口商和出口食品生产企业的信誉记录，并予以公布。对有不良记录的进口商、出口商和出口食品生产企业，应当加强对其进出口食品的检验检疫。

第七章 食品安全事故处置

第七十条 国务院组织制定国家食品安全事故应急预案。

县级以上地方人民政府应当根据有关法律、法规的规定和上级人民政府的食品安全事故应急预案以及本地区的实际情况，制定本行政区域的食品安全事故应急预案，并报上一级人民政府备案。

食品生产经营企业应当制定食品安全事故处置方案，定期检查本企业各项食品安全防范措施的落实情况，及时消除食品安全事故隐患。

第七十一条 发生食品安全事故的单位应当立即予以处置，防止事故扩大。事故发生单位和接收病人进行治疗的单位应当及时向事故发生地县级卫生行政部门报告。

农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在日常监督管理中发现食品安全事故，或者接到有关食品安全事故的举报，应当立即向卫生行政部门通报。

发生重大食品安全事故的，接到报告的县级卫生行政部门应当按照规定向本级人民政府和上级人民政府卫生行政部门报告。县级人民政府和上级人民政府卫生行政部门应当按照规定上报。

任何单位或者个人不得对食品安全事故隐瞒、谎报、缓报，不得毁灭有关证据。

第七十二条 县级以上卫生行政部门接到食品安全事故的报告后，应当立即会同有关农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门进行调查处理，并采取下列措施，防止或者减轻社会危害：

（一）开展应急救援工作，对因食品安全事故导致人身伤害的人员，卫生行政部门应当立即组织救治；

（二）封存可能导致食品安全事故的食品及其原料，并立即进行检验；对确认属于被污染的食品及其原料，责令食品生产经营者依照本法第五十三条的规定予以召回、停止经营并销毁；

（三）封存被污染的食品用工具及用具，并责令进行清洗消毒；

（四）做好信息发布工作，依法对食品安全事故及其处理情况进行发布，并对可能产生的危害加以解释、说明。

发生重大食品安全事故的，县级以上人民政府应当立即成立食品安全事故处置指挥机构，启动应急预案，依照前款规定进行处置。

第七十三条 发生重大食品安全事故，设区的市级以上人民政府卫生行政部门应当立即会同有关部门进行事故责任调查，督促有关部门履行职责，向本级人民政府提出事故责任调查处理报告。

重大食品安全事故涉及两个以上省、自治区、直辖市的，由国务院卫生行政部门依照前款规定组织事故责任调查。

第七十四条 发生食品安全事故，县级以上疾病预防控制机构应当协助卫生行政部门和有关部门对事故现场进行卫生处理，并对与食品安全事故有关的因素开展流行病学调查。

第七十五条 调查食品安全事故，除了查明事故单位的责任，还应当查明负有监督管理和认证职责的监督管理部门、认证机构的工作人员失职、渎职情况。

第八章　监督管理

第七十六条　县级以上地方人民政府组织本级卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门制定本行政区域的食品安全年度监督管理计划，并按照年度计划组织开展工作。

第七十七条　县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门履行各自食品安全监督管理职责，有权采取下列措施：

（一）进入生产经营场所实施现场检查；

（二）对生产经营的食品进行抽样检验；

（三）查阅、复制有关合同、票据、账簿以及其他有关资料；

（四）查封、扣押有证据证明不符合食品安全标准的食品，违法使用的食品原料、食品添加剂、食品相关产品，以及用于违法生产经营或者被污染的工具、设备；

（五）查封违法从事食品生产经营活动的场所。

县级以上农业行政部门应当依照《中华人民共和国农产品质量安全法》规定的职责，对食用农产品进行监督管理。

第七十八条　县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门对食品生产经营者进行监督检查，应当记录监督检查的情况和处理结果。监督检查记录经监督检查人员和食品生产经营者签字后归档。

第七十九条　县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当建立食品生产经营者食品安全信用档案，记录许可颁发、日常监督检查结果、违法行为查处等情况；根据食品安全信用档案的记录，对有不良信用记录的食品生产经营者增加监督检查频次。

第八十条　县级以上卫生行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门接到咨询、投诉、举报，对属于本部门职责的，应当受理，并及时进行答复、核实、处理；对不属于本部门职责的，应

当书面通知并移交有权处理的部门处理。有权处理的部门应当及时处理，不得推诿；属于食品安全事故的，依照本法第七章有关规定进行处置。

第八十一条 县级以上卫生行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当按照法定权限和程序履行食品安全监督管理职责；对生产经营者的同一违法行为，不得给予二次以上罚款的行政处罚；涉嫌犯罪的，应当依法向公安机关移送。

第八十二条 国家建立食品安全信息统一公布制度。下列信息由国务院卫生行政部门统一公布：

（一）国家食品安全总体情况；

（二）食品安全风险评估信息和食品安全风险警示信息；

（三）重大食品安全事故及其处理信息；

（四）其他重要的食品安全信息和国务院确定的需要统一公布的信息。

前款第二项、第三项规定的信息，其影响限于特定区域的，也可以由有关省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门公布。县级以上农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门依据各自职责公布食品安全日常监督管理信息。

食品安全监督管理部门公布信息，应当做到准确、及时、客观。

第八十三条 县级以上地方卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门获知本法第八十二条第一款规定的需要统一公布的信息，应当向上级主管部门报告，由上级主管部门立即报告国务院卫生行政部门；必要时，可以直接向国务院卫生行政部门报告。

县级以上卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当相互通报获知的食品安全信息。

第九章 法律责任

第八十四条 违反本法规定，未经许可从事食品生产经营活动，或者未经许可生产食品添加剂的，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品、食品添加剂和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款。

第八十五条 违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品货值金额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款；情节严重的，吊销许可证：

（一）用非食品原料生产食品或者在食品中添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质，或者用回收食品作为原料生产食品；

（二）生产经营致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品；

（三）生产经营营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品；

（四）经营腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品；

（五）经营病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类，或者生产经营病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类的制品；

（六）经营未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类，或者生产经营未经检验或者检验不合格的肉类制品；

（七）经营超过保质期的食品；

（八）生产经营国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品；

（九）利用新的食品原料从事食品生产或者从事食品添加剂新品种、食品相关产品新品种生产，未经过安全性评估；

（十）食品生产经营者在有关主管部门责令其召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品后，仍拒不召回或者停止经营的。

第八十六条 违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品货值金额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额二倍以上五倍以下罚款；情节严重的，责令停产停业，直至吊销许可证：

（一）经营被包装材料、容器、运输工具等污染的食品；

（二）生产经营无标签的预包装食品、食品添加剂或者标签、说明书不符合本法规定的食品、食品添加剂；

（三）食品生产者采购、使用不符合食品安全标准的食品原料、食品添加剂、食品相关产品；

（四）食品生产经营者在食品中添加药品。

第八十七条 违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，责令改正，给予警告；拒不改正的，处二千元以上二万元以下罚款；情节严重的，责令停产停业，直至吊销许可证：

（一）未对采购的食品原料和生产的食品、食品添加剂、食品相关产品进行检验；

（二）未建立并遵守查验记录制度、出厂检验记录制度；

（三）制定食品安全企业标准未依照本法规定备案；

（四）未按规定要求贮存、销售食品或者清理库存食品；

（五）进货时未查验许可证和相关证明文件；

（六）生产的食品、食品添加剂的标签、说明书涉及疾病预防、治疗功能；

（七）安排患有本法第三十四条所列疾病的人员从事接触直接入口食品的工作。

第八十八条 违反本法规定，事故单位在发生食品安全事故后未进行处置、报告的，由有关主管部门按照各自职责分工，责令改正，给予警告；毁灭有关证据的，责令停产停业，并处二千元以上十万元以下罚款；造成严重后果的，由原发证部门吊销许可证。

第八十九条 违反本法规定，有下列情形之一的，依照本法第八十五条的规定给予处罚：

（一）进口不符合我国食品安全国家标准的食品；

（二）进口尚无食品安全国家标准的食品，或者首次进口食品添加剂新品种、食品相关产品新品种，未经过安全性评估；

（三）出口商未遵守本法的规定出口食品。

违反本法规定，进口商未建立并遵守食品进口和销售记录制度的，依照本法第八十七条的规定给予处罚。

第九十条 违反本法规定，集中交易市场的开办者、柜台出租者、展销会的举办者允许未取得许可的食品经营者进入市场销售食品，或者未履行检查、报告等义务的，由有关主管部门按照各自职责分工，处二千元以上五万元以下罚款；造成严重后果的，责令停业，由原发证部门吊销许可证。

第九十一条 违反本法规定，未按照要求进行食品运输的，由有关主管部门按照各自职责分工，责令改正，给予警告；拒不改正的，

责令停产停业，并处二千元以上五万元以下罚款；情节严重的，由原发证部门吊销许可证。

第九十二条 被吊销食品生产、流通或者餐饮服务许可证的单位，其直接负责的主管人员自处罚决定作出之日起五年内不得从事食品生产经营管理工作。

食品生产经营者聘用不得从事食品生产经营管理工作的人员从事管理工作的，由原发证部门吊销许可证。

第九十三条 违反本法规定，食品检验机构、食品检验人员出具虚假检验报告的，由授予其资质的主管部门或者机构撤销该检验机构的检验资格；依法对检验机构直接负责的主管人员和食品检验人员给予撤职或者开除的处分。

违反本法规定，受到刑事处罚或者开除处分的食品检验机构人员，自刑罚执行完毕或者处分决定作出之日起十年内不得从事食品检验工作。食品检验机构聘用不得从事食品检验工作的人员的，由授予其资质的主管部门或者机构撤销该检验机构的检验资格。

第九十四条 违反本法规定，在广告中对食品质量作虚假宣传，欺骗消费者的，依照《中华人民共和国广告法》的规定给予处罚。

违反本法规定，食品安全监督管理部门或者承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会以广告或者其他形式向消费者推荐食品的，由有关主管部门没收违法所得，依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过、降级或者撤职的处分。

第九十五条 违反本法规定，县级以上地方人民政府在食品安全监督管理中未履行职责，本行政区域出现重大食品安全事故、造成严重社会影响的，依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过、降级、撤职或者开除的处分。

违反本法规定，县级以上卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门或者其他有关行政部门不履行本法

规定的职责或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过或者降级的处分；造成严重后果的，给予撤职或者开除的处分；其主要负责人应当引咎辞职。

第九十六条 违反本法规定，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。

生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。

第九十七条 违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。

第九十八条 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十章 附 则

第九十九条 本法下列用语的含义：

食品，指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。

食品安全，指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。

预包装食品，指预先定量包装或者制作在包装材料和容器中的食品。

食品添加剂，指为改善食品品质和色、香、味以及为防腐、保鲜和加工工艺的需要而加入食品中的人工合成或者天然物质。

用于食品的包装材料和容器，指包装、盛放食品或者食品添加剂用的纸、竹、木、金属、搪瓷、陶瓷、塑料、橡胶、天然纤维、化学纤维、玻璃等制品和直接接触食品或者食品添加剂的涂料。

用于食品生产经营的工具、设备，指在食品或者食品添加剂生产、流通、使用过程中直接接触食品或者食品添加剂的机械、管道、

传送带、容器、用具、餐具等。

用于食品的洗涤剂、消毒剂，指直接用于洗涤或者消毒食品、餐饮具以及直接接触食品的工具、设备或者食品包装材料和容器的物质。

保质期，指预包装食品在标签指明的贮存条件下保持品质的期限。

食源性疾病，指食品中致病因素进入人体引起的感染性、中毒性等疾病。

食物中毒，指食用了被有毒有害物质污染的食品或者食用了含有毒有害物质的食品后出现的急性、亚急性疾病。

食品安全事故，指食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品，对人体健康有危害或者可能有危害的事故。

第一百条 食品生产经营者在本法施行前已经取得相应许可证的，该许可证继续有效。

第一百零一条 乳品、转基因食品、生猪屠宰、酒类和食盐的食品安全管理，适用本法；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第一百零二条 铁路运营中食品安全的管理办法由国务院卫生行政部门会同国务院有关部门依照本法制定。

军队专用食品和自供食品的食品安全管理办法由中央军事委员会依照本法制定。

第一百零三条 国务院根据实际需要，可以对食品安全监督管理体制作出调整。

第一百零四条 本法自2009年6月1日起施行。《中华人民共和国食品卫生法》同时废止。

欺诈消费者行为处罚办法

第一条 为制止经营者提供商品或者服务中的欺诈消费者行为，保护消费者的合法权益，根据《中华人民共和国消费者权益保护法》的有关规定，制定本办法。

第二条 本办法所称欺诈消费者行为，是指经营者在提供商品（以下所称商品包括服务）或者服务中，采取虚假或者其他不正当手段欺骗、误导消费者，使消费者的合法权益受到损害的行为。

第三条 经营者在向消费者提供商品中，有下列情形之一的，属于欺诈消费者行为：

（一）销售掺杂、掺假，以假充真，以次充好的商品的；

（二）采取虚假或者其他不正当手段使销售的商品份量不足的；

（三）销售“处理品”、“残次品”、“等外品”等商品而谎称是正品的；

（四）以虚假的“清仓价”、“甩卖价”、“最低价”、“优惠价”或者其他欺骗性价格表示销售商品的；

（五）以虚假的商品说明、商品标准、实物样品等方式销售商品的；

（六）不以自己的真实名称和标记销售商品的；

（七）采取雇佣他人等方式进行欺骗性的销售诱导的；

（八）作虚假的现场演示和说明的；

（九）利用广播、电视、电影、报刊等大众传播媒价对商品作虚假宣传的；

（十）骗取消费者预付款的；

（十一）利用邮购销售骗取价款而不提供或者不按照约定条件提供商品的；

（十二）以虚假“有奖销售”、“还本销售”等方式销售商品的；

（十三）以其他虚假或者不正当手段欺诈消费者的行为。

第四条 经营者在向消费者提供商品中，有下列情形之一，且不能证明自己确非欺骗、误导消费者而实施此种行为的，应当承担欺诈消费者行为的法律责任：

（一）销售失效、变质商品的；

（二）销售侵犯他人注册商标权的商品的；

（三）销售伪造产地、伪造或者冒用他人的企业名称或者姓名的商品的；

（四）销售伪造或者冒用他人商品特有的名称、包装、装潢的商品的；

（五）销售伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的商品的。

第五条 对本办法第三条、第四条所列欺诈消费者行为，法律、行政法规对处罚机关和处罚方式有规定的，从其规定；法律、行政法规未作规定的，由工商行政管理机关依照《中华人民共和国消费者权益保护》第五十条的规定处罚。

第六条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

第七条 工商行政管理机关查处欺诈消费者行为的程序，适用《工商行政管理机关受理消费者申诉暂行办法》。

第八条 本办法自 1996 年 3 月 15 日起施行。



工商行政管理机关受理消费者申诉暂行办法

第一章　总　则

第一条　为保护消费者的合法权益，根据《中华人民共和国消费者权益保护法》的有关规定，制定本办法。

第二条　消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，与经营者发生消费者权益争议的申诉，适用本办法。

第三条　工商行政管理机关及其派出机构受理消费者申诉，依照本办法执行。

第四条　工商行政管理机关对受理的消费者申诉案件，应当根据事实，依照法律、行政法规和规章，公平合理地处理。

第五条　工商行政管理机关在受理消费者申诉中，对经营者欺诈消费者的行为，应当依照《欺诈消费者行为处罚办法》处理。

第六条　工商行政管理机关在受理消费者申诉中，对经营者的违法行为，应当依照《工商行政管理机关行政处罚程序暂行规定》处理。

第七条　工商行政管理机关在其职权范围内受理消费者申诉的案件属于民事争议的，实行调解制度。

第二章　管　辖

第八条　消费者申诉案件，由经营者所在地工商行政管理机关管辖。

第九条　县、市工商行政管理机关管辖本辖区内发生的消费者申诉案件。

工商行政管理机关的派出机构管辖其上级机关授权范围内的消费者申诉案件。

第十条 上级工商行政管理机关有权办理下级工商行政管理机关管辖的案件。

下级工商行政管理机关管辖的案件，认为需要由上级工商行政管理机关办理的，可以报请上级工商行政管理机关确定管辖机关。

第十一条 工商行政管理机关发现消费者申诉的案件不属于自己管辖时，应当及时告知消费者向有管辖权的机关申诉。

第三章 受理程序

第十二条 消费者申诉应当符合下列条件：

（一）有明确的被诉方；

（二）有具体的申诉请求、事实和理由；

（三）属于工商行政管理机关管辖范围。

第十三条 消费者申诉应当采用书面形式，一式两份，并载明下列事项：

（一）消费者的姓名、住址、电话号码、邮政编码；

（二）被申诉人的名称、地址；

（三）申诉的要求、理由及相关的事实根据；

（四）申诉的日期。

第十四条 消费者委托代理人进行申诉活动的，应当向工商行政管理机关提交授权委托书。

第十五条 消费者为 2 人以上，其申诉的是共同标的的，工商行政管理机关认为可以合并受理，并经当事人同意的，为共同申诉。

共同申诉可以由消费者推选 2 名代表进行申诉。代表人的申诉行为对其所代表的消费者发生效力，但代表人变更、放弃申诉请求，或者进行和解，应当经被代表的消费者同意。

第十六条 工商行政管理机关应当自收到申诉书之日起5日内，作出以下处理：

（一）申诉符合规定的予以受理，并书面通知申诉人；

（二）申诉不符合规定的，应当书面通知申诉人，并告知其不予受理的理由。

第十七条 下列申诉不予受理或者终止受理：

（一）超过保修期或者购买后超过保质期的产品，被诉方已不再负有违约责任的；

（二）达成调解协议并已执行，且没有新情况、新理由的；

（三）法院、仲裁机构或者其他行政机关已经受理或者处理的；

（四）消费者知道或者应该知道自己的权益受到侵害超过一年的；

（五）消费者无法证实自己权益受到侵害的；

（六）不符合国家法律、行政法规及规章的。

第十八条 工商行政管理机关受理消费者申诉，可以立案。

第十九条 立案应当填写申诉立案报告表，同时附上有关材料，由县级及县级以上工商行政管理局局长批准，指定两名以上办案人员负责调查或者授权其派出机构调查处理。

第二十条 办案人员是本案当事人的近亲属或者与当事人有其他利害关系，可能影响申诉公正处理的，应当回避。

当事人对办案人员提出回避申请的，应当由县级及县级以上工商行政管理局局长决定。

第二十一条 工商行政管理机关受理申诉案件后，应当在5日内将申诉书副本发送被申诉人；被申诉人收到申诉书副本后，应当在5日内提交答辩书和有关证据。

第二十二条 当事人应当对自己的申诉提供证据。工商行政管理机关认为有必要收集证据，可以根据有关法律、行政法规及规章的规

定，自行收集或者召集有关当事人实施当庭调查。

第二十三条 需要委托其他工商行政管理机关协助调查、取证的，应当出具书面委托证明，受委托的工商行政管理机关应当积极予以协助。

第二十四条 工商行政管理机关对专门性问题认为需要鉴定或者检测的，可以交由当事人约定的法定鉴定或者检测部门鉴定，也可以由工商行政管理机关指定的法定鉴定或者检测部门鉴定。对于难以鉴定或者检测的，经营者应当提供无过错的证据；不能提供无过错证据的，应当承担责任。

第二十五条 消费者申诉后，还可以协商和解。达成和解协议的，可以请求工商行政管理机关根据和解协议作出调解书，也可以撤回申诉书。

第二十六条 工商行政管理机关组织双方当事人进行调解达成协议的，应当制作调解书。

第二十七条 调解书应当写明申诉请求和当事人协议的结果。调解书由办案人员签名，加盖工商行政管理局印章送达双方当事人。

第二十八条 工商行政管理机关应当在收到消费者申诉书之日起60日内终结调解；调解不成的应当终止调解。

第二十九条 经调解不成的，或者调解书生效后无法执行的，消费者可以按照国家法律、行政法规的规定向有关部门申请仲裁或者提起诉讼。

第三十条 对经营者的违法行为，工商行政管理机关可以依照《中华人民共和国消费者权益保护法》予以警告、没收违法所得、处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，没有违法所得的，处以1万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，吊销营业执照。

第四章　附　则

第三十一条 工商行政管理机关受理消费者申诉应当收费，费用

由败诉方承担。其具体办法另行规定。

第三十二条 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料的申诉，参照本办法执行。

第三十三条 本办法中有关文书式样，由国家工商行政管理局统一制定。

第三十四条 本办法由国家工商行政管理局负责解释。

第三十五条 本办法自公布之日起施行。

后　记

《大律师教你打官司》丛书经过长达两年时间的策划、编写、修改完善，终于要与广大读者见面了。这是几十位编写、策划和审定人员特别感到欣慰的事情。

这套丛书以在第一线从事司法实务和理论研究工作的律师同志为主体，吸收了法官、法学教师等参与编写。本书由戴玉龙、陈国强策划，李立勇、史文建主编，何菲菲、李立勇、李建芳、郭伟、赵县委、孙兰英、何伟强、阚宗兰、戴玉松、胡萍、郑伟、孙夫才、陈谦、许桂英等同志参与了本书的编写工作。材料来源主要是司法实践中出现的典型、疑难案例。经过编写人员的深入研究和加工完善，既能作为普通读者学习掌握法律知识的通俗读本，也可以为司法实务提供参考的借鉴。

感谢戴玉龙编辑对本书的深度加工及提出的宝贵意见，使本书能够顺利出版。书中仍然存在的不尽完善之处，敬请广大读者批评指正。

编者

2012 年 12 月于北京

书名=大律师教你打官司　9　生活消费纠纷案例
作者=戴玉龙，陈国强策划；李立信，史文建编著
页码=387
ISBN=
SS号=13185550
dxNumber=000011699932
出版时间=2013.01
出版社=中国经济出版社
定价：
试读地址=http://book.szdnet.org.cn/views/specific/2929/bookDetail.jsp?dxNumber=000011699932&d=00C2E506B824DC84CF7E1189CED89B8D&fenlei=041003#ctop
全文地址=cb24d10ce18abf3f2a9d64769d6ca346/img17/04DB2F25ACD1051EDDEFBD9AE57824263EA3ECAAEAC4B184785D90DCA2B76DEC7F90A2FC763909063ADC69BAC88B8CB9CB13C4BF357F088FA9859B672D3E6FD45CBA1173A98C96C5B26510AAEC05CA53F96C32032B17D4BC12C80E0865A50C34A5B3CA4DA095D22D5E9676F41B5032C25015/n35/qw/